Bestätigung und Einweisung von Kommunalbeamten in ihrer verwaltungsrechtlichen Bedeutung.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Marburg

vorgelegt von

WERNER STOTZ

Gerichtsreferendar

aus Bottenhorn, Kr. Biedenkopf

19 NOLTE 35

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 17. Januar 1934.

Berichterstatter: Prof. Dr. Bredt.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

MEINEN ELTERN

ÜBERSICHT

Erster Abschnitt.

Begriff und Zweck der Bestätigung 1

Zweiter Abschnitt.

Allgemeines über bisherige und jetzige Regelung des Bestätigungsrechtes 2

Dritter Abschnitt.

Der verwaltungsrechtliche Charakter 8

1. Allgemein: Verwaltungsakt 8
2. Welcher Art?
   a) Einseitiger oder zweiseitiger Verwaltungsakt? . . . 9
   b) Selbständiger oder unselbständiger Verwaltungsakt . . 12
   c) Inhalt des Verwaltungsakts 12
   d) Freier oder unfreier Verwaltungsakt? 20
   e) Bedingter oder unbedingter Verwaltungsakt? . . . 20
   f) Befristeter oder unbefristeter Verwaltungsakt? . . 22
   g) Hoheitsakt? 23
   h) Formbedürftiger oder formloser Verwaltungsakt? . . 25
   i) Empfangsbedürftiger oder einseitiger Verwaltungsakt? . 26
   j) Frei widerruflicher oder widerrufsfeindlicher Verwaltungsakt? 27
   k) Anfechtbarer oder unanfechtbarer Verwaltungsakt? . 31

Vierter Abschnitt.

Ausblick 34

I. Abschnitt: Begriff und Zweck der Bestätigung.

Die Untersuchung über den verwaltungsrechtlichen Charakter von Bestätigung und Einweisung soll zunächst von Begriff, Zweck und überhaupt von allgemeinen Erörterungen ausgehen. Wie die frühere ist auch die heutige Bestätigung ein Mittel der Staatsaufsicht über die Selbstverwaltung, und zwar handelt es sich um ein besonders „starkes" Mittel der Kommunalaufsicht. Ragt doch bei diesem die Staatsaufsicht in die Ermessensfrage hinein, was bei den andern nicht der Fall ist.

Die Bestätigung stellt sich als eine Form der Mitwirkung bei Besetzung eines Postens dar[1]). Diese Mitwirkung vollzieht sich in schwächster Form durch Ausspruch der Ernennung nach vorausgegangener Wahl durch einen Wahlkörper oder nach dem bindenden Vorschlag einer Körperschaft. In diesen Fällen ist der Mitwirkung nur ein formaler Charakter beizumessen. Auf diese Weise wurden z. B. die Mitglieder des Reichsgesundheitsamtes und des Börsenausschusses vom Kaiser nach der bindenden Wahl des Bundesrates ernannt. Nur, wenn die Wahl formell nicht in Ordnung war, konnte die Ernennung verweigert werden.

Ohne Zweifel die stärkste Form der Mitwirkung bei der Besetzung bildet der Vorbehalt der vorherigen Zustimmung. In dieser Weise erfolgte die Ernennung der Generale durch den früheren Landesherrn[2]) nach Zustimmung des Kaisers, die in seinem freien Ermessen stand.

Zwischen diesen Grenzfällen der Mitwirkung bei der Ernennung liegen Vorschlags- und Bestätigungsrecht. Gleichviel ob der Vorschlag ein bindender, oder, wie gewöhnlich ein nicht bindender ist, steht die Initiative dem zu, der den Vorschlag macht, und nicht dem, der die Ernennung ausspricht. Ganz anders ist das bei der Bestätigung. Preuß[3]) gibt eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des staatlichen Bestätigungsrechts für gewählte Bürgermeister und andere Magistratsmitglieder in Preußen. Ursprünglich ist hiernach diese Bestätigung zweifellos auch als Ernennung aufgefaßt worden, wobei die Wahl durch die Stadtverordneten nur die Bedeutung eines Vorschlags behält. Später dagegen sagt Preuß mit Recht, vollzieht die Wahl die Organbestellung. Der Bestätigung ist es eigentümlich, daß der Akt der Ernennung als solcher der Körperschaft obliegt, dagegen die Bestätigung selbst erst nachträglich hinzutritt. Der Vorgeschlagene kann demnach positiv auf die Ernennung einwirken,

1) Stier-Somlo-Elster I. Band, S. 695. Glünicke in DJZ. 1927 (32. Jahrg.) S. 640.

2) Laband IV, S. 62.

3) Preuß: Städtisches Amtsrecht, S. 169.

wogegen der Bestätigung nur die negative Bedeutung zukommt, daß ihre Erteilung die Wirksamkeit der Ernennung beeinflußt [4]).

Ohne die Bestätigung erlangt der Angestellte keine amtlichen Befugnisse. Sie ist eine Verwaltungsverfügung, durch die ein übergeordnetes Verwaltungsorgan einem Akte, der von einem untergeordneten Verbande vorgenommen wird, rechtliche Wirksamkeit beilegt. Von Bestätigung kann demnach nur da die Rede sein, wo eine Über- und Unterordnung besteht [5]). Das folgt schon aus der Natur der Bestätigung als Mittel der Staatsaufsicht. Der Akt, der der Bestätigung bedarf, wird von den untergeordneten Organen vollzogen. Hierzu ist eine vorherige Ermächtigung der vorgesetzten Behörde nicht erforderlich. Die Bestätigung stellt sich demnach als eine Willenserklärung des übergeordneten staatlichen Organs dar, durch die eine andere Willenserklärung, nämlich der Wahlakt der untergeordneten Kommunalbehörde, erst voll wirksam wird. Diese Definition können wir genau so auf die heutige Bestätigung anwenden. Denn ihr Grundbegriff ist durch das neue Gesetz kein anderer geworden, wenn sich auch die Art der Einteilung, insbesondere durch die Zufügung der Einweisung, gewandelt hat. Man kann wohl sagen, daß das heutige Aufsichtsmittel der Bestätigung „stärker" ist als das bisherige. Ihre rechtliche Bedeutung besteht heute genau wie früher darin, daß der Gewählte erst nach der Erteilung derselben sein Amt ausüben darf. Genau wie früher bringt die die Bestätigung aussprechende Behörde damit zum Ausdruck, daß von aufsichtswegen keine Bedenken gegen die Anstellung bestehen [6]). Der Akt, durch welchen die Übertragung des fraglichen Amtes erfolgt, ist kein einfacher, sondern ein zusammengesetzter. Weder die Wahl, noch die Bestätigung allein, sondern beide zusammen begründen das Beamtenverhältnis.

II. Abschnitt: Allgemeines über die bisherige und jetzige Regelung des Bestätigungsrechtes.

In Preußen bedurften bisher der Bestätigung: die Wahl des Gemeindevorstehers, der Schöffen in den Gemeinden, sowie des Bürgermeisters in den Ämtern durch den Landrat. Im Gebiet der Städteordnung: die Wahl der Magistratsmitglieder und Beigeordneten. In den Städten bis zu 10 000 Einwohnern erfolgte sie durch den Regierungspräsidenten, in den Städten mit mehr als 10 000 Einwohnern durch das Staatsministerium. Die Wahl des Landeshauptmannes bedurfte ebenfalls der Bestätigung des Staatsministeriums. Unter gewissen Voraussetzungen waren der Landrat und der Regierungspräsident bei Versagung der Bestätigung an die Zustimmung der Beschlußbehörde gebunden. Eine künftige Regelung war ziemlich umstritten. So hatte der deutsche Städtetag einen Entwurf aufgestellt,

4) v. Stengel, S. 189. Bitter, S. 1027. Brand, Beamtenrecht, S. 67. Schoen, S. 227. Neuwiem, S. 185 f.
5) von Stengel S. 189.
6) O.V.G. 51, S. 54.

wonach die Bestätigung überhaupt wegfallen sollte. Dagegen sah der Entwurf zur preußischen Gemeindeordnung ihre Beibehaltung vor. Tatsächlich ist nun, wie die neueste Entwicklung zeigt, die Bestätigung nicht nur beibehalten worden, sondern hat durch die letzte Staatsumwälzung eine wesentliche Verstärkung erfahren. Der Personenkreis ist grundsätzlich derselbe wie bei der bisherigen Bestätigung. Neuhinzugefügt sind z. B. die Landesräte. Vor allem hat das Bestätigungsrecht durch das neue Gesetz eine sachliche Erweiterung erfahren durch die Institution der Einweisung.

Erteilte die Bestätigungsbehörde die Bestätigung, so geschah das durch die Verwaltungsverfügung der Behörde gegenüber dem Wahlkörper. Es bedurfte bisher keiner weiteren Zwischenstufe. Wurde sie erteilt, so war sie dem Magistrat zur Kenntnis zu bringen (Erl. vom 28. 11. 1868) [1]). Mit dem Augenblicke des Eingangs der Verfügung bei der Wahlbehörde wurde die Bestätigung unwiderruflich, nicht erst mit ihrer Aushändigung an die Gewählten, da schon mit dem Eingang der Verfügung, der Wahlbehörde das Recht erwuchs, den Gewählten das Amt endgültig zu übertragen. Ein Beschwerderecht gegen die erteilte Bestätigung mit der Wirkung, daß die vorgesetzte Behörde die Zurücknahme der Bestätigung verbieten könnte, war schon deshalb nicht gegeben, weil die Bestätigung mit ihrer Erteilung unwiderruflich wurde. „Dagegen war es, und ist es wohl auch heute, jedermann unbenommen, Bedenken, die gegen die Erteilung sprechen, vorher der Bestätigungsbehörde mitzuteilen" [2]).

Heute muß zunächst die sogenannte Einweisung erfolgt sein. Dies drückt der Wortlaut des Gesetzes in seinem § 3 so aus: „Findet die Wahl in ein Amt statt, dessen Inhaber nach § 1 der Bestätigung bedarf, so entscheidet die Bestätigungsbehörde zunächst darüber, ob der Gewählte vorläufig in das Amt einzuweisen ist oder nicht". — „Erfolgt die Einweisung, so erlangt der Gewählte alle Rechte und Pflichten aus dem Amt, soweit sich nicht aus den §§ 4—7 Abweichendes ergibt". Ist nun die Einweisung des gewählten Beamten erfolgt, so hat die Aufsichtsbehörde alsbald nach Ablauf eines Jahres die Bestätigung auszusprechen. Erst damit gilt der Gewählte als bestätigt. Auch hinsichtlich der Versagung der Bestätigung schuf das neue Gesetz Änderungen. Früher erfolgte die Versagung nach der Wahl, ohne daß ein vorläufiger Zustand geschaffen werden konnte, wenigstens wurde das von der h. M. abgelehnt. Soweit das Staatsministerium Bestätigungsbehörde war, konnte es die Bestätigung versagen, ohne daß es hierzu der Mitwirkung einer anderen Instanz bedurfte. War aber der Regierungspräsident Bestätigungsbehörde, so bedurfte er bei Versagung der Zustimmung des Bezirksausschusses. Heute sind zwei Möglichkeiten der Versagung zu unterscheiden: Einmal kann sie, wie früher, sofort erfolgen nach § 3, S. 2. „Lehnt die Bestätigungsbehörde die Einweisung ab, so gilt die

1) M.Bl.i.V. 1869 S. 124.
2) Loschelder, S. 128.

Bestätigung als versagt", ohne daß es dazu in den Fällen des § 4, Abs. 2 der Zustimmung der dort genannten Stellen bedarf. Diese letztere Bestimmung unterscheidet die sofortige Versagung von der früheren. Damals bedurfte sie ausnahmslos der Zustimmung der Beschlußbehörde, soweit nicht das Staatsministerium die Bestätigungsbehörde war. Dann ist aber eine Versagung der Bestätigung auch noch nach der Einweisung möglich. Denn § 4 gibt ja der Bestätigungsbehörde die Befugnis, die Bestätigung nach Ablauf eines Jahres entweder auszusprechen oder zu versagen. Für letzteren Fall ist allerdings die Ausnahmeregelung von § 4, S. 2 zu beachten, die, wie wir oben sahen, für die sofortige Versagung der Bestätigung nicht in Betracht kam. Die Versagung der Bestätigung nach erfolgter Einweisung bedarf hiernach der Zustimmung der Beschlußbehörde. Der Sinn dieser Regelung wird wohl der sein, eine etwaige Willkür der unteren Bestätigungsbehörden einzudämmen.

Über die rechtliche Bedeutung dieser Neuerungen, insbesondere der Einweisung, soll im Zusammenhang mit der Frage, welche Gesichtspunkte für die Bestätigungsbehörde bei Versagung oder Erteilung der Bestätigung maßgeblich sind, näheres gesagt werden. Nach der über die bisherige Regelung allgemein herrschenden Meinung, hatte sich die Prüfung der Bestätigungsbehörden in gleicher Weise auf die persönlichen Verhältnisse der gewählten Personen, wie auf die Wahlbedingungen und den gesetzmäßigen Hergang der Wahl zu erstrecken. So wurde, abgesehen von der Prüfung der Frage, ob der Gewählte die Voraussetzungen der Wählbarkeit erfüllte, in erster Linie seine Eignung für das betreffende Amt gewürdigt. Die Städteordnungen stellten zwar keine bestimmten Erfordernisse auf, aber schon die Instr. von 1853 in Ziff. IX betonten, daß bei der Bestätigung von Magistratspersonen mit strengster Gewissenhaftigkeit zu verfahren sei und daß ohne die begründete Überzeugung, daß der Gewählte den Erfordernissen seiner Stellung als Gemeinde- und Staatsbeamter genügen werde, die Bestätigung nicht erteilt werden dürfte. Die Regierung habe es nach den Umständen zu ermessen, auf welche Weise die Überzeugung von der Bestätigung der Gewählten zu erlangen sei. Sie könne zu diesem Zwecke nötigenfalls sogar eine Prüfung von ihnen verlangen. Der Sinn dieser letztgenannten Vorschrift ist in der Verf. vom 5. 5. 1868 [3]) dahin näher erläutert, daß sie dem Gewählten in seinem eigenen Interesse die Behebung der gegen seine Bestätigung bestehenden Bedenken durch eine mit seiner Zustimmung vorzunehmende Prüfung ermöglichen will, die also nur auf einen entsprechenden Antrag des Gewählten stattfinden soll. Neben einer Prüfung der sachlichen Eignung des Gewählten, waren auch bisher schon seine sonstigen persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, z. B. ob er vorbestraft war, oder ob er politisch unzuverlässig erschien. So hat das O.V.G. [4]) zum Aus-

3) M.Bl.i.V. S. 153. (Ministerialblatt für die preuß. innere Verw.).
4) O.V.G.77, S. 493.

druck gebracht, dem Oberpräsidenten sei es bei der Bestätigung der vom Kreistag gewählten Amtsvorsteher unbenommen, bei der von ihm über die Bestätigung zu treffenden Entscheidung alle Umstände, welche gegen die Bestätigung der gewählten Persönlichkeit sprechen können, nach freiem pflichtgemäßen Ermessen zu berücksichtigen. Hierbei sei namentlich auch in Erwägung zu ziehen, ob die Zugehörigkeit des Gewählten zu einer Partei, deren Ziel der gewaltsame Umsturz der Staatsordnung ist, die Besorgnis rechtfertigt, er werde während seiner Amtsführung für die Verwirklichung des Zieles seiner Partei tätig sein. Durch Runderl. des Ministers d. I. vom 4. 6. 24 und vom 27. 7. 1924 werden dieselben Gedanken zum Ausdruck gebracht. Diese sind noch verhältnismäßig großzügig im Vergleich zu späteren Runderl. So brachte derjenige vom 31. I. 1930 und vom 3. 7. 1930 [5]) zum Ausdruck, daß die Bestätigung von Anhängern der kommunistischen und nationalsozialistischen Partei als Kommunalbeamte jeder Art ausnahmslos zu untersagen sei. Ähnliche Gedanken bringt der Runderl. vom 31. 1. 1930 [5]) hinsichtlich derjenigen Personen zum Ausdruck, die sich am Volksbegehren gegen den Youngplan beteiligt hatten. Heute im totalen Staat nationalsozialistischer Prägung gelten diese Runderl. entsprechend. So wäre eine Bestätigung heute im parteilosen Staate wohl nicht möglich, wenn der Gewählte geheim irgend einer dem neuen Staate feindlichen Partei angehörte. Das aber ist im Gegensatz zur überwundenen Zeit verständlich aus der ganzen herrschenden Staats- und Weltanschauung. Schließlich erstreckt sich die Prüfung der Bestätigungsbehörden auf die Gesetzmäßigkeit der Wahlbedingungen und den gesetzmäßigen Verlauf der Wahl. So bringt der Erl. vom 28. 11. 1868 [6]) zum Ausdruck, daß Wahlen, die auf unzulässige Bedingungen hin vorgenommen wurden, vor der Behebung der letzteren nicht als zur Bestätigung geeignet angesehen werden konnten. Eine solche unzulässige Bedingung wäre z. B. dann gegeben, wenn die Wahl auf eine andere als die gesetzliche Wahlzeit erfolgt wäre. Ebenso hat die Bestätigungsbehörde den gesetzmäßigen Verlauf der Wahlhandlungen zu prüfen [7]). Die Bestätigungsbehörde hat hierbei nur fetzustellen, ob die Wahlhandlung ordnungsmäßig verlaufen ist. Sie darf jedoch auf keinen Fall das Wahlergebnis ändern und richtig stellen und auf Grund dessen die Bestätigung einer anderen Person erteilen, die nach ihrer Auffassung auf Grund des Wahlergebnisses als gewählt zu betrachten ist [8]). Wenn wir von der Prüfung der gesetzlichen Wahlbedingungen und des gesetzmäßigen Verlaufs absehen, so hat im übrigen die Behörde bei der Prüfung der persönlichen Verhältnisse unbestritten freie Hand. Die Erteilung oder Versagung der

---

5) M.Bl.i.V. S. 81 u. 100, 82.
6) M.Bl. 1860, S. 124.
7) O.V.G. 41, S. 3.
8) O.V.G. 6, S. 140.

Bestätigung war dem freien pflichtmäßigen Ermessen [9]) der zuständigen Stellen überlassen. Allgemein wurde auch angenommen, daß die Versagung der Bestätigung keiner Begründung bedürfe [9]). War die Bestätigung aber einmal erfolgt, so war dadurch die für die Besetzung des Amtes der Aufsichtsbehörde gegebene Befugnis erschöpft. Die Aufsichtsbehörde konnte auf diese Befugnis nicht mehr zurückgreifen, wenn sie später erkannte, daß Gründe für die Versagung vorhanden gewesen wären. Das war allgemein herrschende Auffassung. In diesem Zusammenhang sei kurz eingegangen auf die Verträglichkeit der Bestätigung mit dem Gedanken der Selbstverwaltung und dem des Rechtstaats. Diese wurde von vielen geleugnet. Bekämpft wurde die herrschende Form des Bestätigungsrechtes vor allem von Preuß, und zwar von der Organtheorie aus. Es fragt sich, ob die Organtheorie mit der als geltendem Recht hinzunehmenden und zu erklärenden Tatsache vereinbar ist, daß der Staat auf die Bestellung der kommunalen Organe mannigfachen Einfluß ausübt. Nach Gierke [10]) erfolgt die Berufung zum Organ durch einen dem inneren Verbandsleben angehörenden sozialrechtlichen Akt. Diese Meinung wurde auch vertreten durch Blodig und insbesondere von Preuß [11]). Es liege in der Natur jedes Organismus, daß er die für seine Funktion notwendigen Organe selbst herausbilde und diese nicht vom Staate ernannt würden. Nun ist die Bestätigung, wie wir sahen, keine Ernennung sondern nur eine Genehmigung der Wahl. Die Auffassung von Preuß erscheint nicht zutreffend. Denn Organtheorie ist das Gegenteil von Stellvertretungstheorie. Mit Recht sagt deshalb Peters [10]), die Handlungen der Organe seien solche der Verbandsperson selbst, die Organe als solche Funktionsträger, keine Rechtssubjekte. Die Organtheorie beziehe sich nur auf die Tätigkeit der Organe nach außen und ihr Verhältnis zur Verbandskörperschaft bei ihren Handlungen. Danach ist aber eine Verträglichkeit zwischen Organlehre und staatlicher Einflußnahme auf die Bildung der Organe nach dem bisherigen Bestätigungsrecht mit Recht anzunehmen. Stutzig könnte man höchstens bei der kommissarischen Besetzung der Stelle durch den Staat in den dafür vorgesehenen Ausnahmefällen werden. Doch das sind nur Ausnahmefälle, und auch selbst dann würde dieses sich mit der Organtheorie vereinbaren lassen, wenn der Staat sich bei der Ernennung an die Gliedpersonen der Gesamtperson, welcher der Genannte als Organ dienen soll, halten würde [12]). Diese Einflußnahme des Staates verstößt aber auch nicht gegen die Rechtsstaatstheorie, denn auch dem Rechtsstaat ist Genüge geleistet, wenn das Recht der Bestätigung von Kommunalbeamten für staatliche Organe gesetzlich festgesetzt ist. Auch heute, nach Erweiterung des Bestätigungsrechts

9) Boldt S. 54; Schoen S. 127; Oertel S. 162; Neuwiem S. 158 f.; Seydel I, S. 610; Bitter, S. 1027; O.V.G. 77, 493.
10) Peters, S. 117 f.
11) Blodig S. 43.
12) Preuß, S. 230.

ist aus demselben Grunde, wie bisher, die Bestätigung und Einweisung mit der Idee des Rechtsstaates ohne weiteres zu vereinbaren, da auch das heutige Bestätigungsrecht auf gesetzlicher Grundlage fußt. Ebenso dürfte der Gedanke der Selbstverwaltung und die ihr zugrundeliegende Organtheorie durch die heutige Regelung grundsätzlich nicht verletzt sein. Erst wenn im Falle kommissarischer Besetzung, das Erfordernis der Mitgliedschaft zum Wahlkörper mißachtet würde, könnte von einem Verstoß gegen den Gedanken der Selbstverwaltung die Rede sein. Hinsichtlich des freien pflichtgemäßen Ermessens hat das neue Gesetz keine Änderungen gebracht. Im Gegenteil, dieses ist durch die neue Gestaltung der Bestätigung durch die Hinzufügung der Einweisung noch mehr unterstrichen. Was anders sollte der Sinn der Einweisung sein? Zumindest hat doch die Bestätigungsbehörde es jetzt leichter, alle persönlichen Verhältnisse des Gewählten sich nach jeder Richtung hin genau anzusehen. Schon der überwundene liberale Staat kannte, wie wir sahen, die Staatsaufsicht und die verschiedenen Aufsichtsmittel, abgesehen davon, daß es im Zuge der Zeit und der neuen Staatsauffassung liegt, dem Staate möglichst große Befugnisse gegenüber untergeordneten Körperschaften und Einzelpersonen zu geben, hat auch die vergangene Zeit gezeigt, daß die Aufsichtsmittel des Staates oft nicht genügten. So konnte bisher eine einmal ausgesprochene Bestätigung nicht mehr zurückgenommen werden. Nur disziplinarisch war einem solchen Beamten noch beizukommen. Dies war aber nur dann möglich, wenn er sich etwas hatte zuschulden kommen lassen, das disziplinarisch geahndet werden konnte. Dem hat nun das neue Gesetz einen doppelten Riegel vorgeschoben. Zunächst gibt die „Einweisungszeit" der Bestätigungsbehörde die Möglichkeit, sich von der persönlichen Tüchtigkeit und Fähigkeit des Gewählten zu überzeugen. Das ist auch der Hauptzweck und die rechtspolitische Deutung dieser Institution. Früher geschah es jedenfalls oft und leichter, als das jetzt möglich ist, daß auf Grund engstirniger Partei- und Interessengesichtspunkte Personen gewählt wurden, denen die Fähigkeit zur Bekleidung des Amtes abging. Die Bestätigungsbehörde prüfte das Wahlverfahren und die formellen Voraussetzungen zur Anstellung. Kenntnisse über persönliche Verhältnisse fehlten oft. Heute dagegen hat die Bestätigungsbehörde es wesentlich leichter, sich über diese zu informieren, da sie sich zunächst nicht bindend entscheiden muß, sondern, falls sie den Gewählten nicht sofort ablehnt, ihn nur „einweist". Außerdem kann die Bestätigungsbehörde diese Einweisungszeit verkürzen, wenn ein Rücknahmegrund gemäß § 9 vorliegt. Aber auch dann, wenn die Bestätigung endgültig nach Ablauf der Einweisungszeit erteilt ist, ist noch eine Rücknahme unter den in § 9 bestimmten Voraussetzungen möglich. Alles in allem sehen wir, daß die Befugnisse der Bestätigungsbehörden wesentlich erweitert sind.

III. Abschnitt: Der verwaltungsrechtliche Charakter.

1. Nach dem Begriff, rechtliche Bedeutung und Verfahren der früheren und heutigen Bestätigung geklärt sind, soll im folgenden ihr verwaltungsrechtlicher Charakter einer eingehenden Betrachtung gewürdigt werden. Bereits oben stellten wir fest, daß sie eine behördliche Willenserklärung ist, durch die die Willenserklärung eines untergeordneten Organs erst voll wirksam wird. Daß es sich um eine Willenserklärung handelt, ist ja auch selbstverständlich. Denn die Bestätigungsbehörde gibt ihre Meinung kund, daß sie nämlich mit der Wahl des zu Bestätigenden einverstanden ist. Um eine solche handelt es sich auch dann, wenn die Bestätigung oder die Einweisung versagt wird. Im letzteren Falle bringt die Bestätigungsbehörde zum Ausdruck, daß ihr eine Anstellung des Gewählten nicht genehm ist. Aber Willenserklärung gibt es auch im Privatrecht. Was uns hier interessiert, ist der speziell verwaltungsrechtliche Charakter dieser Willenserklärung. In der über die bisherige Bestätigung vorhandenen Literatur wird diese allgemein Verwaltungsverfügung genannt [1]). Andere nennen sie einen negativen Akt [2]). Viele versuchen überhaupt nicht, den verwaltungsrechtlichen Typ der Bestätigung zu klären, sondern begnügen sich einfach damit, daß sie auf die rechtliche Wirkung der Bestätigung oder Versagung eingehen. Deshalb lohnt es sich wohl, hierüber nähere Untersuchungen anzustellen. Ganz unbestritten handelt es sich sowohl bei der früheren als auch bei der heutigen Bestätigung um eine behördliche Willensäußerung, eine Verwaltungsverfügung. Es fragt sich, ob diese Verfügung ein V.A. im technischen Sinne ist. Hierbei kommt es darauf an, wie man den Begriff des V.A.s fassen will. Wird doch im Schrifttum unter V.A. etwas ganz Verschiedenes verstanden. Sehr weit wird sein Begriff von Georg Meyer [3]) gefaßt, der V.A.e die von den Verwaltungsorganen in Ausübung ihrer Befugnisse vorgenommenen Handlungen nennt. Auch nach Walter Jellinek [4]) ist V. A. gleichbedeutend mit jeder Tätigkeitsäußerung der Verwaltung. Viel enger faßt den Begriff Otto Mayer [5]): „Die Obrigkeitliche Verfügung rechtsgeschäftlicher Natur, d. h. die Verfügung, die auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines öffentlichen Rechtsverhältnisses zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Untertan abzielt". Ähnlich faßt den Begriff Fleiner [6]). Kormann geht vom Prozeßrecht aus und faßt Urteil und V. A. unter dem Oberbegriff „Staatsakt" zusammen. Vorbild für seinen Begriff des V. A.s ist das Privatrechtsgeschäft, „eine Handlung mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten" [7]). Aus seinem weite-

1) Bitter S. 1027 Schön S. 127.
2) Brand S. 27.
3) Georg Meyer S. 44.
4) Walter Jellinek S. 246.
5) Otto Mayer I 63, 93, 95.
6) Fleiner S. 176.
7) Kormann S. 27, 18.

sten Begriff wird bei Ausscheidung der privatrechtlichen und tatsächlichen Verwaltungshandlungen ein V. A.-Begriff, der jede Willenserklärung der Verwaltung umfaßt, die nicht Rechtssetzung oder Privatrechtsgeschäft der Verwaltung ist. Nach Weglassung der rechtshandlungsmäßigen Akte, die unabhängig vom Willen des Handelnden rechtliche Wirkungen äußern, entsteht der von Kormann sogenannte, vielbewährte Begriff des „rechtsgeschäftlichen V.A.s". Nur die von eigentlichen Verwaltungs- und nicht von Justizbehörden erlassenen rechtsgeschäftlichen V.A.e sind V.A.e im Sinne Otto Mayers. Insoweit unterscheidet er sich also von Kormann. Wie Kormann geht Coester [8]) vom Staatsakt aus, der für ihn erkennender oder gestaltender Art ist. Der gestaltende Akt Coesters entspricht dem rechtsgeschäftlichen Staatsakt im weitesten Sinn, wie ihn Kormann nennt. Ipsen [9]) kommt Kormann in seiner Definition auch nahe: er scheidet die tatsächlichen Verwaltungshandlungen und den Staatsakt des Prozeßrechts, das Urteil aus, und sagt: „Verwaltungsakt ist der zur Herstellung eines öffentlichen Rechtsverhältnisses bestimmte Ausspruch der Verwaltung, der nicht Rechtssatz ist". In folgendem soll der V.A. im Sinne des rechtsgeschäftlichen V.A.s von Kormann verwertet werden. Die meisten Schriftsteller legen seinen Begriff zugrunde. Auch hier erscheint seine Definition, die die rechtshandlungsmäßigen Akte ausscheidet, erst einen praktisch verwertbaren Begriff zu geben. Dann sind, wie im Privatrecht, auch im öffentlichen Recht die rechtsgeschäftlichen die wichtigsten. Wenn wir nun diesen nicht zu engen, aber auch nicht zu weiten Begriff Kormanns zugrunde legen, so ist die Bestätigung zweifellos ein rechtsgeschäftlicher V.A. Aber auch Otto Mayer würde sie V.A. nennen, denn dieser geht ja von einer Verwaltungsbehörde aus, nicht von einer Justizbehörde. Rechtsgeschäftsnatur kommt der Bestätigung zu. Für die Genehmigung hat dieses Manigk [10]) treffend hervorgehoben. Die Genehmigung, ebenso die Bestätigung haben aber dieselbe Rechtsnatur wie die Einwilligung oder die Ermächtigung und ihr Oberbegriff die Zustimmung. Es handelt sich also hier um einen echten V.A., einen rechtsgeschäftlichen im Sinne Kormanns, oder auch um einen V.A. im Sinne Otto Mayers. Im folgenden soll nun unter Zugrundelegung dieses Begriffs „rechtsgeschäftlicher V.A." untersucht werden, wie die Bestätigung noch näher nach den verschiedensten Gesichtspunkten bestimmt werden kann.

2. a) Zunächst entsteht die Frage: ist die Bestätigung ein einseitiger oder ein zweiseitiger V.A.? Im Privatrecht sind einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte bekannt. Hier überwiegen zweifellos die mehrseitigen, mit ihrem Haupttypus, dem Vertrag. Anders im öffentlichen Recht. Dort stehen die einseitigen Rechtsgeschäfte im Vordergrund. Jedoch auch das öffentliche Recht kennt sowohl einseitige als auch mehrseitige Rechtsgeschäfte. Daß öffentlich-recht-

8) Coester S. 14.
9) Ipsen S. 7.
10) Manigk S. 15, 93.

liche Verträge zwischen gleichgeordneten Personen möglich sind, wird auch von entschiedenen Vertragsgegnern anerkannt werden müssen. Aber davon kann bei der Bestätigung keine Rede sein, denn sie wird ja gerade von einem übergeordneten Organe der staatlichen Behörde ausgesprochen. Der Staat steht zweifellos über dem Kommunalverband. Ein öffentlich rechtliches Rechtsgeschäft ist zwar in der Bestätigung mit Recht zu erblicken, „denn ein solches kann man dann immer als vorliegend ansehen, wenn es auf den Eintritt öffentlich rechtlicher Wirkungen gerichtet ist“ [11]). Das aber ist bei der Bestätigung anzunehmen. Soll doch durch sie die Wahl des Beamten erst rechtskräftig werden, d. h. dieser Beamte sein Amt ausüben dürfen. Spricht die Bestätigungsbehörde die Bestätigung aus, so gibt sie damit kund, daß sie mit der Wahl des Beamten einverstanden ist. Darin liegt eine Willensübereinstimmung zwischen Kommunalorgan und Aufsichtsbehörde. Wenn hier trotzdem Vertrag abzulehnen ist, so liegt das daran, „daß Willensübereinstimmung wohl Vertrag bedeuten kann, aber nicht muß. Hinzu kommen muß zur Willensübereinstimmung die rechtliche Gleichwertigkeit der beteiligten Willen“ [12]). Diese aber fehlt nach der modernen staatsrechtlichen Auffassung im Verhältnis zwischen dem Untertan und dem überragenden Inhaber des imperiums [13]). Man muß hier scharf unterscheiden zwischen Vertrag einerseits und einer solchen einseitigen Verfügung, die nach dem Gesetz nur mit Zustimmung des Betroffenen zulässig ist, andererseits. So ist die Wahl des Beamten nur mit seiner Zustimmung rechtswirksam, d. h., wenn er die Wahl ablehnt, ist sie ohne rechtliche Bedeutung. Ebenso verhält es sich mit der Bestätigung. Sie ist auch ohne Bedeutung, wenn z. B. nicht der gewählte Beamte bestätigt wird, sondern ein anderer. Fleiner [14]) nennt die meisten der von der Praxis als öffentlich rechtliche Verträge bezeichneten V.A.e einseitige Verfügungen, deren Rechtmäßigkeit bedingt ist durch die Zustimmung des Betroffenen. Die Behörden dürften nur in den Fällen zum Vertrage greifen, in denen Gesetz oder Gewohnheitsrecht die Vertragsform zugelassen und dadurch auf die einseitige Regelung eines Rechtsverhältnisses verzichtet hätten. Deshalb scheiden z. B. Beamtenernennung und Naturalisation aus dem Vertragsbegriff vollkommen aus. Diese von Otto Mayer [15]) früher als öffentlich rechtlichen Verträge bezeichnet und später von ihm als V.A.e auf Unterwerfung umgetauft, sind keine Verträge. Sie sind nach Fleiner [16]) als einseitige V.A.e aufzufassen mit der Besonderheit, daß sie nicht ergehen dürfen, ohne einen darauf gerichteten Antrag der Beteiligten. Gehört nun die Bestätigung hierzu? Hier fragt es sich, ob die Anstellung d e s Beamten, der uns hier inter-

11) Kormann S. 33.
12) Kormann S. 36.
13) Otto Mayer I, S. 98; Walter Jellinek S. 253.
14) Fleiner: S. 211.
15) Otto Mayer: I, S. 98.
16) Fleiner: S. 211.

essiert, durch die Bestätigung erfolgt. Die herrschende Meinung vertritt bei der bisherigen Bestätigung den Standpunkt, daß sie mit der Anstellung nichts zu tun habe [17]). Diese sei noch nicht voll wirksam, solange die Bestätigung noch nicht erfolgt sei. So bringt besonders Otto Mayer zum Ausdruck, daß die Bestellung durch die Wahl erfolge. „Die Bestätigung, die etwa noch dazu kommen müsse von Seiten der staatlichen Aufsichtsstelle, ändere nichts daran, daß der Schwerpunkt der Wirkung in dieser Wahl liegt." Ähnliche Auffassung vertritt auch Preuß [17]). Man kann dieser Ansicht wohl beitreten. Denn die Bestätigung ist doch nur ein Mittel der Staatsaufsicht, sie will nicht den Kommunalorganen vorgreifen. Hieraus geht hervor, daß die Kommunalbehörde die Anstellung vornimmt. Somit kann es sich zwischen dem Staat und dem Beamten in unserem Falle grundsätzlich nicht um einen solchen V.A. handeln. Denn der Akt der Bestätigung vollzieht sich zwischen Kommunalorgan und staatlicher Aufsichtsbehörde. Kann es sich nun zwischen diesen beiden um einen solchen Akt handeln? Der Vorgang ist folgender: das Kommunalorgan wählt den Beamten, der seinerseits sein Einverständnis mit der Wahl kundgetan hat, und tritt dann an die staatliche Bestätigungsbehörde heran mit dem Ersuchen, diesen zu bestätigen. Direkt hat also der Gewählte mit der Aufsichtsbehörde überhaupt nichts zu tun. Dagegen gibt durch Wahl und Antrag zur Bestätigung die Wahlbehörde ihren Willen kund, daß sie auf die Bestätigung Wert legt. Hierin könnte man eine vorherige Zustimmung des Kommunalorgans erblicken und im Sinne Fleiners den Akt der Best. eine V.A. auf Zustimmung nennen. Das ist ja auch klar, wenn man sich den Fall einer Bestätigung ohne vorgängige Wahl vorstellt. Eine solche hätte überhaupt keine Voraussetzung und wäre demnach ohne Wirkung, genau so wie eine Einbürgerung ohne rechtsgültig gestellten Antrag. Von einem V.A. auf Unterwerfung wie Otto Mayer [18]) ihn nennt, kann hier keine Rede sein. Dafür ist im Falle der Bestätigung der Mitwirkung der Kommunalbehörde eine zu große Bedeutung beizumessen. Nach Walter Jellinek [19]) entspricht es deutscher Rechtsauffassung, daß man solche mitwirkungsbedürftigen V.A.e nicht V.A.e auf Unterwerfung nennt, sondern zweiseitige V.A.e. Jellineks Ansicht scheint jedoch auch nicht ganz richtig, höchstens insofern, als die rechtswirksame Anstellung des Beamten einerseits des Aktes des Selbstverwaltungskörpers bedarf, andererseits des Bestätigungsrechtes. Die Bestätigung allein wird man wohl richtig V.A. auf Zustimmung nennen, wie Fleiner [20]) diesen definiert. Auch die heutige Bestätigung und die Einweisung sind solche V.A. auf Zustimmung. Auch sie können nur ergehen, wenn vorher ein Antrag von Seiten der Wahlbehörde, und damit ihre vorherige Zustimmung, gestellt wurde.

17) Otto Mayer: II, S. 375; Preuß: S. 169 f.
18) Otto Mayer: I, S. 98.
19) Jellinek: S. 249.
20) Fleiner: S. 211.

b) Nach ihren Voraussetzungen sind zu unterscheiden selbständige und unselbständige V.A.e. Die selbständigen sind von Amts wegen zulässig, die anderen nur auf Antrag. Die aufsichtsrechtliche Bestätigung ist gerade ein Hauptfall eines unselbständigen V.A.s [21]). Die selbständige Willenserklärung der Wahlbehörde bedarf der aufsichtsrechtlichen Bestätigung. Solange diese fehlt, sind die Rechtswirkungen noch nicht eingetreten, die Willenserklärung ist noch nicht vollständig. Wird also z. B. ein Beamter ohne die erforderliche aufsichtsrechtliche Bestätigung angestellt, so fehlt ihm die Beamteneigenschaft und es gibt gegen ihn keinen strafbaren Widerstand [22]). Umgekehrt muß aber bei der Bestätigung oder sonst bei der aufsichtsrechtlichen Genehmigung eine Willenserklärung der Kommunalbehörde vorliegen, sonst ist ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörden gar nicht möglich. Aufsichtsrechte können nur geltend gemacht werden, wenn es etwas zu beaufsichtigen gibt. Walter Jellinek [23]) erwähnt die Einteilung in selbständige und unselbständige V.A.e hinsichtlich der Frage ihrer Überprüfbarkeit. „Dann sind alle unselbständigen V.A.e daraufhin überprüfbar, ob das Rechtsverhältnis, zu dem sie bloß hinzutreten, Rechtsbestand hat oder nicht? So hat die Bestätigung der Wahl eines Gemeindebeamten durch den Landrat nicht die Kraft, eine etwa vorhandene Nichtigkeit der Wahl zu heilen." Auch hieraus geht klar der unselbständige Charakter der Bestätigung hervor. Noch feiner als die Bezeichnung unselbständiger wäre der Ausdruck abhängiger V.A., oder abhängige maßgebliche Willenserklärung, wie Eltzbacher [24]) in seiner Einteilung der V.A.e sie nennen würde. Damit bringt er nämlich zum Ausdruck, daß sie nicht ebenbürtig zu dem zugrundeliegenden Akt hinzutritt, sondern von diesem nach h. M. vollkommen abhängig ist. Dieser unselbständige oder abhängige Charakter ist auch der heutigen Bestätigung und Einweisung eigentümlich. Die Wahl des Kommunalbeamten ist der typische Fall eines mitwirkungsbedürftigen Rechtsgeschäftes geblieben. Genau, wie früher die Bestätigung an die Voraussetzung gebunden war, daß eine gültige Wahl vorlag, so kann auch heute eine Einweisung nur erfolgen, wenn ein gültiger Wahlakt vorausgegangen ist. Die endgültige Bestätigung dagegen hat heute zwei Voraussetzungen: erstens eine gültige Wahl, zweitens eine darauf sich gründende Einweisung. Erst, wenn nach gültiger Wahl die Behörde zunächst den Beamten eingewiesen hat, kann sie nach gesetzlich bestimmter Zeit den Bestätigungsakt ergehen lassen.

c) In der Literatur sind schon viele Versuche gemacht worden, die Verwaltungsakte ihrem Inhalte nach in verschiedene Systeme zu gliedern. Wenn hier zum Schlusse auch grundsätzlich dem Einteilungssysteme Kormanns zugestimmt wird, das am erschöpfendsten ist und deshalb am ehesten eine scharfe Charakterisierung der Bestä-

21) Kormann: S. 47.
22) R.G. in JW. 20, 377; 30, 430 Z. 21. R.G. 57, 120; R.G. in Str. 12, 419.
23) Walter Jellineck: S. 248.
24) Eltzbacher: S. 249 f.

tigung zuläßt, soll doch zunächst einmal auf die Hauptsysteme kurz eingegangen werden. Es gibt zunächst das sogenannte alte System, das besonders von Dantscher[25]) vertreten wird. Er unterscheidet vier Hauptarten von V.A.n: Beurkundungen, Entscheidungen, Befehle und konstitutive Verfügungen. Hiernach wäre die Bestätigung zu den letzteren zu rechnen. In seinen Grundzügen wird dieses System auch von anderen vertreten, so z. B. von Bernatzik[26]) und Stengel[27]). Jedoch krankt es daran, daß es unterschiedslos die rechtshandlungsmäßigen Beurkundungen neben die übrigen rechtsgeschäftlichen Akte stellt. Diese Unschärfe der Gruppierung vermeidet ein zweites System, indem es die Beurkundungen aus diesem unnatürlichen Zusammenhang ausscheidet. Dieses System wird hauptsächlich von Otto Mayer[28]) vertreten. Er wendet, wie schon oben ausgeführt, den Begriff des V.A.s nur auf rechtsgeschäftliche Akte an. Diese teilt er in zwei Arten ein: erstens die Entscheidungen, das sind die V.A.e mit rechtlich gebundenem Inhalte. Alle übrigen nennt er „Verfügungen", die er dann unter sich wieder einteilt in öffentlich rechtliche Rechtsgeschäfte, die ein bestimmtes Rechtsverhältnis zur öffentlichen Gewalt erst selbst neu erzeugen, und „Anweisungen", die nur „Geltendmachung einer umfassenden Macht", Folgerungen aus einem vorhandenen Rechtsverhältnisse ziehen. Es würde hier zu weit führen, alle einzelnen Systeme, die sich auf das von Otto Mayer aufbauen und sich nur durch geringe Abweichungen von diesem auszeichnen, hier anzuführen. Dieses System Otto Mayers ist auf jeden Fall dem „alten Systeme" vorzuziehen, wenn es auch eine feinere Untergliederung nicht bringt. Für sein System spricht vor allem die scharfe Scheidung zwischen Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften. Eine dritte Gruppe von Schriftstellern versucht eine Art Kompromißlösung zwischen dem alten Systeme und dem System der rechtsgeschäftlichen V.A.e Otto Mayers zu finden, indem es dem letzteren Systeme die scharfe Scheidung zwischen Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften entlehnt, aber andererseits über das bloße System der Rechtsgeschäfte hinausgeht. Als erster hat der Zivilist Eltzbacher[29]) einen solchen Versuch unternommen und das gesamte rechtswirksame Verhalten der Behörden in fünf große Gruppen gegliedert. Zunächst führt er die maßgebenden amtlichen Willensäußerungen an. Diese teilt er in selbständige und unselbständige oder abhängige Willensäußerungen ein. Den unselbständigen ist eigen, daß durch sie selbst in Verbindung mit anderen Willenserklärungen eine bestimmte Rechtsfolge eintreten soll, sie stellen sich aber immerhin diesen ebenbürtig zur Seite. Dagegen gehen die abhängigen Willensäußerungen überhaupt nicht unmittelbar auf eine bestimmte Rechtsfolge aus, sondern nur darauf, daß durch sie die

25) Dantscher: S. 76.
26) Bernatzik: S. 12.
27) Stengel: S. 188.
28) Otto Mayer: I. S. 97.
29) Eltzbacher: S. 249, 250.

Rechtswirksamkeit einer anderen Willenserklärung irgendwie beeinflußt werden soll [30]). Sie lehnen sich demnach an bestimmte Tatsachen an, stellen sich aber nicht ebenbürtig neben sie. Hierher hätten wir, wenn wir Eltzbachers System folgen wollten, die Bestätigung zu rechnen. Denn diese ist ja von dem Vorliegen einer gültigen Wahl abhängig und ist dieser nicht ebenbürtig. Eltzbacher faßt bei seinem System den Rechtsgeschäftsbegriff zu eng. Rechtsgeschäft ist jede auf den Eintritt von Rechtswirkung gerichtete Willenserklärung. So wenigstens fassen wir oben den Begriff auf, daher sind besonders seine unmaßgeblichen amtlichen Willenserklärungen zu verwerfen, da sich diese fast alle als Rechtsgeschäfte in dem von uns vertretenen Sinne auffassen lassen. Erwähnenswert ist dann noch die Systematisierung durch Walter Jellinek in seinem Buch „Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen" [31]). Ihm dienen als Grundlage die Fähigkeiten und Tätigkeiten des Menschen, die er in drei Gruppen einteilt: erstens: Entgegennahme von Erklärungen, zweitens: Urteile, drittens: Handlungen. Letztere gliedert er dann in Rechtsgeschäfte und in Handlungen i. e. S. Für die Bestätigung und Einweisung kommt nur diese letzte Gruppe der Handlungen in Frage und von diesen wiederum nur die Rechtsgeschäfte. Diese teilt er dann erstens in solche, die die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Staat als solchem und den Untertanen unberührt lassen, zweitens in machterweiternde Rechtsgeschäfte, durch die der Staat eine zwischen ihm und dem Untertan bestehende Schranke beseitigt. Endlich drittens in die machteinschränkenden, durch die der Staat sein freies Handeln beschränkt, und die wiederum zerfallen in frei widerrufliche und nicht frei widerrufliche. Unter Zugrundelegung dieses Systems hätte man die Bestätigung ein machteinschränkendes Rechtsgeschäft zu nennen. Sehr glücklich erscheint mir diese Bezeichnung nicht. Es fragt sich inwieweit hier die Bestätigung eine Machteinschränkung des Staates zur Folge hat. Man könnte sagen, daß der Staat sich durch den Ausspruch der Bestätigung eines Rechtes begibt, nämlich weiterhin eine Beeinflussung in dieser Richtung vorzunehmen. Denn bisher konnte eine einmal ausgesprochene Bestätigung nicht mehr rückgängig gemacht werden. Auch die weitere Unterscheidung dieser Gruppe in frei widerrufliche und nicht frei widerrufliche erscheint mir nicht allzu zweckmäßig. In den Gesetzen ist nämlich meistens nicht gesagt, wann ein V.A. frei widerruflich ist und wann nicht. Trotzdem soll auf diese Frage später noch eingegangen werden. Eine andere Einteilung bringt Walter Jellinek [32]) in seinem Lehrbuch des Verwaltungsrechtes. Hier gruppiert er die V.A.e in begünstigende und belastende. Den Erlaß der Bestätigung wird man zu den begünstigenden zu rechnen haben. Aber die Versagung der Bestätigung kann man nicht einfach den belastenden zuzählen. Dann gibt er wei-

30) Eltzbacher S. 162, 250.
31) Walter Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt, S. 21.
32) Walter Jellinek: S. 254.

ter eine Einteilung in feststellende und ändernde, der er grundsätzlich in seinem Lehrbuch folgt. Aber dadurch, daß er gleich im Anfang eine dritte Gruppe erwähnt, die weder der feststellenden noch der ändernden zuzurechnen ist, nämlich das ablehnende Verhalten, zeigt er klar, daß sein neues System zumindest nicht erschöpfend ist. Im übrigen wäre die Bestätigung hiernach zu den ändernden V.A.n zu rechnen, da sie ja tatsächlich eine Änderung herbeiführt. Die bisher ungültige Wahl wird rechtskräftig. Auch die Versagung der Bestätigung würde hierunter fallen, denn durch sie wird der bestätigungsbedürftige Akt vollkommen wirkungslos. Die ändernden V.A.e gliedert Jellinek dann weiter in befehlende, freiheitsgewährende, machtverleihende und machtentziehende, aufhebende [33]). Darnach wäre die Bestätigung ein machtverleihender Akt. Die machtverleihenden Akte nennt Jellinek eine Abart nicht ganz reiner Erlaubniserteilung. Zu den machtentziehenden Akten rechnet er u. a. auch solche, die das Wirksamwerden eines Beschlusses oder einer sonstigen Willenserklärung hindern, z. B. die Beanstandungen eines Gemeindebeschlusses. Aber wird nicht durch die negative Verfügung, der Versagung der Bestätigung, auch das Wirksamwerden der Wahl gehindert, oder gar vernichtet? Daß sie zu den rechtsändernden V.A.n gehört, stellten wir bereits fest, aber unter den rechtsändernden gehört sie speziell zu den machtentziehenden. Wie steht es in dem dritten Falle, wo die Behörde weder feststellt noch ändert? „Die Untätigkeit einer Behörde rückt in dem Augenblicke in den Bereich des Rechts, in dem die Behörde verpflichtet ist, sich zu betätigen". Der einzige Rechtsbefehl gegen behördliche Untätigkeit ist in den meisten Ländern die Anweisung der vorgesetzten Behörde. Es läge hier nahe, die Untätigkeit während einer bestimmten Frist wenigstens der Ablehnung der Vornahme eines V.A.s gleichzusetzen [34]). Das aber ist bisher in Deutschland noch nicht verwirklicht. „Vorläufig hilft sich die Rechtsprechung, wenn irgend möglich, mit der Annahme stillschweigender V.A.e" [35]). „Eine andere Bedeutung hat die behördliche Untätigkeit, wenn die Behörde nur die Befugnis, nicht die Pflicht zur Äußerung hat und nach Ablauf einer bestimmten Frist die Befugnisse verliert." Aber bei der Bestätigung ist keine besimmte Frist angesetzt. Eine andere Frage ist, welcher Gruppe man die Einweisung zurechnen kann. Ihre Erteilung ist ohne Zweifel ein machtverleihender Akt, wenn auch die „Macht" noch nicht eine so große ist wie bei der endgültigen Bestätigung. Ist nun die Versagung dementsprechend ein machtentziehender Akt? Hier fragt es sich, ob überhaupt eine Macht entzogen wird, d. h. ob der lediglich Gewählte schon mit einer solchen ausgestattet ist. Ohne die Bestätigung ist die Wahl bekanntlich nicht vollwirksam, aber wohl auch nicht ganz unwirksam, sodaß also ein gewisses Maß von Recht

33) Walter Jellinek: S. 256.
34) Walter Jellinek: S. 254.
35) Fleiner: S. 186.

schon da ist, bloß nicht ausgeübt werden darf. Durch die Einweisung wird dieses Recht vorläufig erteilt. (Vorläufige Machtverleihung).

Nach ihrer Zweckbestimmung scheidet Fleiner [35]) die Verfügungen in Vollziehungsverfügungen und Gestaltungsverfügungen. In den Gestaltungsverfügungen kommt der ganze Reichtum der schöpferischen Tätigkeit der Verwaltungsbehörden zum Ausdruck. Unter letztere würden sich Bestätigung und Einweisung sehr gut eingliedern lassen. Das System Fleiners läßt eine feine Gliederung missen und ist zu sehr in den großen Oberbegriffen stecken geblieben.

Schließlich sei versucht, eine Eingliederung der Bestätigung und Einweisung in das System der „rechtsgeschäftlichen Staatsakte" Kormanns zu finden [36]). Die Gesamtheit der V.A.e lassen sich nach ihm zunächst einmal in negative und positive gliedern. Positiv ist eine Verfügung, wenn sie eine Änderung des Rechtszustandes hervorrufen will, negativ, wenn sie eine solche nicht beabsichtigt. Die Berechtigung des Begriffes der negativen Verfügung ist bestritten. So ist besonders Bernatzik [37]) der Ansicht, Ablehnung sei überhaupt keine Form der behördlichen Tätigkeit, „sondern im Gegenteil die Form, in welcher sich die Absicht der behördlichen Untätigkeit manifestiere". Die meisten anderen Schriftsteller erwähnen die negative Verfügung nicht ausdrücklich. Der Ansicht Bernatzik's ist jedoch nicht beizupflichten. Nehmen wir gerade unseren Fall, die Bestätigung oder Einweisung wird abgelehnt. Es wäre absurd, zu behaupten, die Aufsichtsbehörde sei nicht tätig geworden. Sie bringt doch damit gerade zum Ausdruck, daß sie mit der Wahl des betreffenden Beamten nicht einverstanden ist. Hierin liegt aber die Kundgabe ihres Willens, und jede behördliche Willensbetätigung ist doch, was kaum bestritten wird, ein V.A., wenigstens ein solcher im weitesten Sinne. Demnach ist die Ablehnung der Bestätigung oder Einweisung geradezu ein typisches Beispiel für die sogenannte „negative Verfügung" Kormanns. Ob man nun diesen Begriff besonders herausarbeitet, wie das Kormann tut, oder ihn praktisch anwendet, ohne ihn bei seinem Namen zu nennen, ist Sache des Geschmacks. Jedenfalls leuchtet dieser Begriff ein. Im übrigen sind die Fälle der negativen Verfügung besonders zahlreich im Gebiet der Verweigerungen zu finden. Die rechtliche Natur der negativen Verfügung ist dieselbe wie bei der positiven Willenserklärung. Auch sie müssen daher, da nach unserem Schema alle Willenserklärungen, die nicht Gesetz sind, Rechtsgeschäfte sind, als solche bezeichnet werden. Ebenso stellt Ulbrich [39]) die negativen Verfügungen auf die gleiche Stufe mit den Ausnahmeverfügungen und den hoheitlichen Rechtsgeschäften. Hinsichtlich der privatrechtlichen Weigerungserklärung hat, wenigstens soweit es sich um die Versagung von Genehmigung und Erlaubnissen

---

36) Kormann: S. 63 f.
37) Bernartzik: S. 12.
38) Walter Jellinek: S. 51 (Staatsakt); Manigk: S. 731.
39) Ulbrich: S. 301 f.

handelt, auch Manigk [40]) hervorgehoben, daß ihr Rechtsgeschäftsnatur zukommt.

Kehren wir nun zu der umfangreichen Gruppe der positiven Verfügungen zurück, die Kormann in viele Gruppen und Unterabteilungen einteilt. Hier kommt es darauf an, ob die Bestätigung sich in seine „rechtschaffenden Verfügungen" einordnen läßt. Diese haben zum Inhalt die Schaffung von Erlaubnissen, Rechten und Fähigkeiten. Hierbei scheidet Kormann nach diesem Begriffe vieles aus, was von den anderen Systemen noch dazu gerechnet wurde, so z. B. die Beamtenernennung und die Staatsangehörigkeitsverleihung. Diese letztere Gruppe nennt er „die auf Schaffung von Rechtsverhältnissen gerichtete Klasse". Das scheint zu spitzfindig. Mit Recht vermeiden andere Schriftsteller diese Einteilung, z. B. zählt Jellinek Beamtenernennung und Verleihung der Staatsangehörigkeit ohne weiteres zu seinen machtverleihenden Akten [41]). Zunächst zählt Kormann [42]) zu den konstitutiven Akten die Verleihung von Fähigkeiten, die Jellineks Begriff der Verleihung schlechthin entsprechen. Dann kommt als zweite Abteilung die Verleihung von Rechten: „das Recht hat mit der Fähigkeit das gemein, daß auch das Recht ein Können ist. Während aber die Fähigkeit ein Können ohne Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsobjekt ist, bezieht sich beim Recht das Können auf ein derartiges bestimmtes Rechtsobjekt." Als dritte Gruppe folgen dann die Erlaubniserteilungen. Wenden wir uns nun den fähigkeitsverleihenden Rechtsgeschäften zu. „Fähigkeitsverleihungen sind insbesondere die Verleihungen individueller Qualifikationen wie z. B. die Erklärung der Fähigkeit zum Richteramt [42])."

Nach Kormann [43]) sind auch die Genehmigungen fähigkeitsverleihender Art. Er sagt z. B., „die sogenannten Veräußerungsverbote" mit Erlaubnisvorbehalt hätten gar keine andere Rechtsnatur als die Vorschriften, daß die Kommunen zu gewissen Veräußerungen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen. Die Bestätigung, die sich auch als ein Fall der aufsichtsbehördlichen Genehmigung darstellt, muß demnach denselben Charakter haben. Rein begrifflich trennt also Kormann die Fähigkeitsverleihungen scharf von den Erlaubnissen als Gewährung eines Dürfens. Aber auch terminologisch beschränkt er die Bezeichnung Genehmigung auf die Fälle der Fähigkeitsverleihung. Die Gesetze freilich gebrauchen die Ausdrücke Erlaubnisse und Genehmigungen bunt durcheinander, bezeichnen die Erlaubnisse als Genehmigungen und umgekehrt. Otto Mayer [44]) nennt zwar die aufsichtsrechtliche Genehmigung ein Seitenstück der Erlaubnis. Aber schon rein gefühlsmäßig möchte ich diese Auffassung und vor allem diese Bezeichnung als gefährlich ablehnen und Kormann recht geben, der diese Begriffe vollkommen trennt. Ähn-

40) Manigk: S. 731 ff.
41) Walter Jellinek: S. 257.
42) Kormann: S. 88 f., 85 f.
43) Kormann: S. 88 f.
44) Otto Mayer: II. S. 375 f.

licher Auffassung ist auch Walter Jellinek [45]). So gibt Mayer selbst zu, daß die mangelnde Genehmigung kein Verbot für den Selbstverwaltungskörper bedeutet, sondern, daß die vorgenommene Handlung ohne Genehmigung einfach ungültig d. h. wirkungslos ist. Ein Vergleich beider Rechtsinstitute erscheint demnach wenig angebracht, eine Gleichsetzung aber direkt falsch. Die Genehmigung hat, wie wir bereits oben sahen, dieselbe Rechtsnatur wie die Einwilligung oder Ermächtigung, beide fallen unter den Oberbegriff der Zustimmung. Im allgemeinen wäre es aber falsch, überall dort, wo Genehmigung vom Gesetz verlangt ist, auch die Einwilligung zuzulassen. Bei der Genehmigung, ebenso auch bei der Bestätigung, will die Aufsichtsbehörde den genehmigungs- bzw. den bestätigungsbedürftigen Akt nach allen Seiten hin, insbesondere auch hinsichtlich seiner Formalien prüfen. Dazu wäre sie aber nicht imstande, wenn sie ihre Zustimmung erteilte, bevor sie ihn fertig gesehen hätte. Aus dieser Auffassung ergibt sich die Folgerung von der Unersetzbarkeit der Genehmigung bezw. Bestätigung durch die Einwilligung. Ist ein nichtiger Gemeindebeschluß genehmigt worden, der später durch einen gültigen ersetzt wird, so ist trotzdem eine neue Genehmigung erforderlich. Daß der Genehmigung Rechtsgeschäftsnatur zukommt, hat Manigk für das Privatrecht treffend hervorgehoben [46]). Auch, wenn er sagt, daß durch die Genehmigung ein Rechtsverhältnis nicht geschaffen werde, so ist ihm hierin Recht zu geben. Abzulehnen ist jedoch seine Auffassung, daß die beabsichtigte Wirkung nur in der Wirksamkeit des genehmigten Geschäfts bestünde. Hier fügt Kormann [47]) mit Recht hinzu, daß die Genehmigung ebenso wie die Bestätigung darüber hinaus noch fähigkeitsverleihenden Charakter hat. Seine Ansicht ist gegenüber der zivilrechtlichen Auffassung Manigk's wohl die richtige. Manigk mißt der Bestätigung (Genehmigung) zu geringe Bedeutung bei, wenn er meint, sie wäre lediglich dazu da, daß das genehmigte Rechtsgeschäft wirksam werde. Dies ist nur e i n e Wirkung der Genehmigung, aber außerdem wirkt sie fähigkeitsverleihend, denn mit ihrer Erteilung kommt dem Gewählten die Fähigkeit zu, sein Amt auszuüben. Hiernach sind also Bestätigung und Einweisung fähigkeitsverleihende Akte. Der zweiten Gruppe, nämlich den Rechtsverleihungen, ist die Bestätigung nicht zuzurechnen. Denn ein Recht wird hierdurch nicht v e r l i e h e n. Zu den Rechtsverleihungen gehört z. B. die Verleihung öffentlicher Ehrenrechte, also von Titeln, Orden und Ehrenzeichen, auch gewisse Konzessionen.

Eher könnte man annehmen, daß die Bestätigung und Einweisung zu den Rechtsverhältnisse schaffenden Verfügungen im Sinne Kormanns [48]) gehöre. Diese werden von den anderen Schriftstellern meist nicht besonders angeführt, sondern mit den konstitutiven Verfügungen zusammengeworfen. Ob dieses oder jenes praktischer ist,

45) Walter Jellinek: S. 257.
46) Manigk: S. 15, 93.
47) Kormann: S. 91.
48) Kormann: S. 104 f.

darüber läßt sich streiten. Jedenfalls haben die Rechtsverhältnisse erzeugenden Verfügungen von allen V.A.n die größte Ähnlichkeit mit den privatrechtlichen Verträgen. Deshalb werden sie auch am meisten von denen herangezogen, die für den öffentlichrechtlichen Vertrag eintreten. Hierunter fallen vor allem, wie wir oben schon sahen, die streitigen Fälle wie Beamtenernennung, und Erwerb der Staatsangehörigkeit. Bei der Bestätigung aber handelt es sich nicht um eine Ernennung. Wollte man dies annehmen, so könnte von einer bloßen Staatsaufsicht keine Rede mehr sein, und vor allem wäre dadurch der Gedanke der Selbstverwaltung durchbrochen. Daß dem Staat kraft besonderer gesetzlicher Regelung in einzelnen Fällen das Recht zusteht, höhere Kommunalbeamten zu ernennen, z. B. den Oberbürgermeister von Frankfurt a. Main und Stralsund, beweist, daß in den übrigen Fällen, wo ihm nur die Bestätigung zusteht, seine Befugnisse geringer sein sollten. Auch nach dem neuen Gesetz ist der Aufsichtsbehörde nur in bestimmten Ausnahmefällen die Möglichkeit gegeben, die bloße Aufsicht zu überschreiten und den Beamten direkt zu bestellen. Und zwar handelt es sich hier um die kommissarische Ernennung gemäß § 8 des Gesetzes. In diesen besonderen Ausnahmefällen handelt es sich zweifellos um „Rechtsverhältnisse schaffende Verfügnngen". Aber der Regelfall, die Bestätigung, ist etwas ganz anderes. Sie ist in der Tat nur eine Willenserklärung der Staatsbehörde, die die der Kommunalbehörde erst voll wirksam macht, die aber gleichzeitig ein fähigkeitsverleihender Verwaltungsakt im Sinne Kormanns ist.

Diesen rechtschaffenden Verfügungen stellt Kormann [49]) die rechtsverändernden und rechtsvernichtenden entgegen. Beide Institutionen kommen für die Erteilung der Bestätigung und Einweisung nicht in Frage. Denn durch die Erteilung wird ein Recht auf keinen Fall vernichtet. Durch sie erhält der Beamte im Gegenteil die Fähigkeit, sein Amt mit vollem Rechte zu führen. Liegt nun eine Rechtsveränderung vor? Wie wir oben sahen, ist die Bestätigung ein fähigkeitsverleihender Akt, nicht ein rechtsverleihender. Durch sie wird ein Recht demnach nicht verändert. Man könnte allerdings in dem Wirksamwerden der Wahl eine Rechtsänderung erblicken, aber ich möchte das aus dem Grunde ablehnen, weil ja aus der Wirkung der Erteilung der Bestätigung gerade ersichtlich ist, daß vorher noch kein wirksames Recht besteht, dieses sozusagen erst durch die Bestätigung sich auswirken kann. Doch gebe ich zu, daß man hier sehr zweifelhaft sein kann. Im Falle der Versagung der Bestätigung kann von Rechtsänderung oder gar Vernichtung keine Rede sein, da ohne sie die Wahl d. h. die Anstellung noch nicht wirksam ist. Rechtsändernd dagegen ist nach heutigem Recht die endgültige Bestätigung nach erfolgter Einweisung. Durch sie wird nämlich der durch die Einweisung geschaffene vorläufige Zustand zu einem endgültigen. Hierin

49) Kormann: S. 113 f.

ist ohne Zweifel eine Rechtsänderung zu erblicken. Die Institution des rechtsvernichtenden Aktes hat nach dem heutigen Gesetze über Bestätigung und Einweisung vielleicht eine Bedeutung für den Fall, daß dem bereits eingewiesenen Beamten später die endgültige Bestätigung versagt wird. Denn praktisch übt der gewählte Beamte nach seiner Einweisung sein Amt aus, wie ja auch § 3 letzter Satz deutlich zum Ausdruck bringt, daß der Gewählte nach erfolgter Einweisung alle Rechte und Pflichten aus dem Amte erlangen soll, soweit nicht die §§ 4 ff. eine andere Regelung ergeben. Der eingewiesene Beamte hat demnach schon weitgehende Rechte. Wird ihm nach Ablauf der Einweisungszeit die endgültige Bestätigung versagt, so heißt das, von nun an darf der Beamte seine durch die Einweisung erworbenen Rechte nicht mehr ausüben. Mit anderen Worten die Bestätigungsbehörde bringt zum Ausdruck, daß sie die durch die Einweisung geschaffene Rechtslage vernichten will. Damit steht der Gewählte wieder so da, wie vor der Einweisung. Er kann sein Amt nicht mehr ausüben, da er nicht bestätigt wurde, da er auch nicht mehr sich in einem Einweisungsverhältnis befindet. Darnach wäre also die Versagung der Bestätigung nach erfolgter Einweisung ein rechtsvernichtender Akt.

Wird die Bestätigung, ohne daß eine Einweisung erfolgt, sofort versagt, so handelt es sich nicht um einen rechtsvernichtenden oder rechtsändernden Akt. Wie oben schon ausgeführt, haben wir es dann mit einer sogenannten negativen Verfügung zu tun. Die Bestätigungsbehörde erklärt hiermit, daß sie eine Änderung nicht vornehmen will. Aber auch dann, wenn nach Ablauf der Einweisungszeit die „endgültige" Bestätigung ausgesprochen ist, ist nach der heutigen Gesetzesregelung unter ganz bestimmten Voraussetzungen noch eine Rücknahme möglich. Ebenso kann nach § 9 die Einweisung schon vor Ablauf des „Bestätigungstermins" zurückgenommen werden. Diese Rücknahme der Bestätigung, sowie der Einweisung, ist ebenfalls ein klarliegender Fall eines rechtsvernichtenden Aktes (machtentziehenden Aktes nach Walter Jellinek).

d) Im folgenden soll nun die Bestätigung und Einweisung nach dem Verhältnis ihres Geschäftsinhalts zum Willen des Handelnden charakterisiert werden. Zunächst: ist die Bestätigung ein freier oder ein unfreier V.A.? Frei ist er dann, wenn seine Vornahme oder sein Inhalt oder beides mehr oder minder im Ermessen des Staatsorganes steht, unfrei dann, wenn dieses gebunden ist. Beim Erlasse der Bestätigung und der Einweisung handelt die Bestätigungsbehörde nach ihrem freien, pflichtgemäßen Ermessen. Sie ist also frei hinsichtlich ihres Entschlusses, ob sie die Bestätigung erteilen oder versagen will.

e) Weiter blieben zu untersuchen, ob die Bestätigung mit Nebenbestimmungen ausgestattet werden kann, insbesondere, ob sie bedingt erfolgen kann. Ihrem Wesen nach ist die Bedingung im öffentlichen Recht keine andere als im Privatrecht[50]). Der Begriff ist in

50) Kormann: S. 136 f.

beiden Rechtsgebieten der gleiche. Im Zivilrecht versteht man unter Bedingung eine dem Tatbestande des Rechtsgeschäfts durch Parteiwillen eingefügte Bestimmung, die den Eintritt der Rechtswirkung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig macht. Genau so können wir im öffentlichen Recht definieren mit der Änderung, „daß wir statt Parteiwillen Verwaltungswillen sagen". Ebenso hat man im öffentlichen Recht genau wie im privaten die beiden Hauptarten von Bedingungen zu unterscheiden: die aufschiebende und die auflösende Bedingung. Erstere macht den Eintritt der Rechtswirkung abhängig von dem Eintritt des bedingenden Ereignisses, letztere läßt die Rechtswirkung endigen mit dem Eintritt des bedingenden Ereignisses. Der echten Bedingung ist eigentümlich, „daß der Verwaltungswille zu den gesetzlichen Erfordernissen für den Eintritt einer Rechtswirkung noch seinerseits ein weiteres außerhalb des Geschäftsinhalts zu findendes Erfordernis hinzufügt". Dieses eigentümliche Moment fehlt bei der sogenannten conditio juris. Ein Hauptfall für sie ist die Genehmigung eines Rechtsgeschäftes, sei dieses öffentlicher oder privater Natur. Die Genehmigung wird wirksam nur unter der gesetzlichen Bedingung oder vielleicht besser Voraussetzung, daß die genehmigte Willenserklärung nicht etwa Nichtigkeitsmängel aufweist. Sind aber solche Mängel vorhanden, so werden sie nicht etwa durch die Genehmigung geheilt, sondern diese ist im Gegenteil wirkungslos. Sie bleibt auch nur wirksam unter der gesetzlichen Bedingung, daß die genehmigte Willenserklärung später nicht etwa selbst durch Anfechtung oder sonstwie ihre Wirksamkeit wieder verliert. Dasselbe hat für die Bestätigung zu gelten, die, wie oben gesagt, dieselbe Rechtsnatur wie die Genehmigung besitzt. Die bisherige Bestätigung konnte nach h. M. bisher nicht unter einer echten Bedingung erfolgen [51]). Eine Bestätigung nur für Probezeit wird von Sievers [52]) erwähnt. Er spricht hier davon, daß eine endgültige Bestätigung erst nach Ablauf der Probezeit der Bestätigungsbehörde zugemutet werden könne. Im übrigen hatte aber die Bestätigung einen ausgesprochenen bedingungsfeindlichen Charakter. Sie erfolgte nur unter der conditio juris, daß das zu bestätigende Geschäft in Ordnung war.

Ist nun etwa heute in der Einweisung eine bedingte Bestätigung zu erblicken? Man könnte sagen, es sei eine „Bestätigung" unter der aufschiebenden Bedingung einer „endgültigen" Bestätigung. Erst, wenn letztere erfolgt ist, ist tatsächlich der Beamte in seinem Amt bestätigt worden. Die Einweisung schafft ein vorläufiges Verhältnis, sie will einen Übergangszustand schaffen, eine Art Probezeit für den gewählten Beamten. Erst, wenn die endgültige Bestätigung nach der Einweisungszeit erfolgt ist, soll der Beamte Rechte und Pflichten eines solchen unveräußerlich besitzen, die er vorher nach § 3 (letzter Satz) schon vorläufig besaß. Hiernach könnte man annehmen, der

51) Boldt: S. 54; Loschelder: S. 139; Stier-Somlo: Handbuch S. 323; Antoni: S. 36.

52) Sievers: S. 401.

Gewählte würde Beamter durch die Einweisung unter der Bedingung, daß die endgültige Bestätigung erfolge. Das aber wäre falsch. Denn nach dem Gesetz hat der Gewählte bereits mit der Einweisung die Rechte und Pflichten aus dem Amt. „Von einer Bedingung sprechen wir aber dann, wenn über den gesetzlichen Inhalt hinaus der Verfügung ein weiteres Erfordernis beigefügt ist, demzufolge die Verfügung von der Erfüllung dieses Erfordernisses an erst wirken soll“ [53]). Das aber kann man von der Einweisung nicht sagen. Durch sie wird der Verfügung von der Behörde kein besonderes Erfordernis hinzugefügt. Außerdem bleibt die Behörde hinsichtlich der endgültigen Bestätigung in ihrer Entschließung völlig frei. Sie handelt nach freiem Ermessen. Im Gesetz ist nichts enthalten, woraus man schließen könnte, daß die Bestätigungsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen den Eingewiesenen bestätigen müßte. Praktisch wird das allerdings so sein, daß, wenn der Beamte sich in der Probezeit der Einweisung gut bewährt hat, die nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidende Behörde ihm die Bestätigung nicht versagen wird. Die Einweisung ist also keine bedingte Verfügung, sie erfolgt weder unter einer aufschiebenden, — denn praktisch übt der Eingewiesene ja sein Amt schon aus, die Verfügung ist also nicht in der Schwebe, — aber sie erfolgt auch unter keiner auflösenden Bedingung. Ihr fehlt eben der Charakter einer jeden echten Bedingung, daß der Verwaltungswille zu den gesetzlichen Erfordernissen für den Eintritt einer Rechtswirkung noch seinerseits ein weiteres außerhalb des Geschäftsinhalts befindliches Erfordernis hinzufügt. Allerdings erfolgt auch sie unter der unechten Bedingung (conditio juris), daß der zugrunde liegende Akt der Wahlbehörde rechtswirksam ist. Wenn schon die endgültige Bestätigung nicht imstande war, eine nichtige Wahl zu einer gültigen zu machen, um wieviel weniger kann dies die Einweisung, die doch nur einen vorläufigen Zustand schaffen will. Sie ist eine einstweilige Verfügung. Insoweit gehört sie in den Zusammenhang mit den Bedingungen, ist aber keineswegs eine solche. Kormann [54]) zählt diese vorläufigen Verfügungen in Verbindung mit den auflösenden Bedingungen auf, da es sich um V.A.e handelt, die nur vorläufig gelten sollen, vorbehaltlich künftiger V.A.e, die ihrerseits einen endgültigen Rechtszustand schaffen und die vorangegangenen einstweiligen Verfügungen ersetzen sollen.

f) Kann nun die Bestätigung befristet erfolgen? Eine Befristung ist vor allem bei den Erlaubniserteilungen mit Zeitbestimmungen bekannt [55]). Dagegen sind Bestätigungen mit Zeitbefristung bisher nicht anerkannt worden. Eine solche, von der Bestätigungsbehörde ausgesprochen, war nach h. M. einer Versagung gleichzusetzen. Die Bestätigung hatte demnach einen ausgesprochenen unbefristeten Charakter. Dasselbe muß man von der heutigen endgültigen Bestätigung

53) Fleiner: S. 187.
54) Kormann: S. 135 ff.
55) Kormann: S. 147.

sagen. Es entspräche auch nicht ihrem Wesen, wenn die Bestätigungsbehörde ihrerseits eine bestimmte Frist festsetzen könnte, für die sie die Bestätigung erteilen wollte. Wie oben ausgeführt, ist die Bestätigung eine Willenserklärung der Aufsichtsbehörde, die damit ihre Zustimmung zu einer bereits vorliegenden Willenserklärung zum Ausdruck bringt. Wenn also z. B. der betreffende Beamte auf zwölf Jahre gewählt ist, kann die Bestätigungsbehörde lediglich diese Wahl bestätigen, nicht aber die Bestätigung befristen, etwa in der Form, daß sie die Bestätigung nur für drei Jahre erteilt. So etwas wäre unmöglich und widerspräche dem Ziel der Bestätigung. Allerdings erfolgt sie unter einer gesetzlichen Befristung, d. h. sie gilt immer für die bestimmte Wahlperiode als erteilt. Auch die Einweisung, die ja grundsätzlich nur für ein Jahr erfolgt, kann nicht mit einer besonderen Befristung ausgestattet sein. Denn auch hier handelt es sich um eine sogenannte gesetzliche Befristung. § 4 des Gesetzes besagt: „Die Bestätigungsbehörde hat alsbald nach Ablauf eines Jahres vom Zeitpunkt der Einweisung ab die Bestätigung auszusprechen."

g) Wenn diese beiden Institute (Bestätigung und Einweisung) so bedingungs- und befristungsfeindlichen Charakter [56]) haben, liegt es nahe, zu prüfen, ob hierfür besondere Unzulässigkeitsgründe bestehen, ob es sich um eine besondere Art von V.A.n handelt. So sind Bedingungen im engeren Sinne und meist auch Befristungen unzulässig bei den actus legitimi des öffentlichen Rechts. Daß es solche gibt, wird kaum bestritten. „Wenn wir von den Gesetzen absehen, die ebenfalls bedingungsfeindlich, übrigens nicht gleichzeitig befristungsfeindlich sind, die aber nicht zu unseren V.A.n gehören, so werden wir etwa an folgende Fälle zu denken haben, denen allen gemeinsam ist, daß dabei ein fester und gewisser Rechtszustand geschaffen werden soll, der eben deswegen einen Schwebezustand infolge einer Bedingung nach seiner ganzen Natur nicht verträgt." Ein typisches Beispiel hierfür bildet die Naturalisation, die weder bedingt noch befristet erfolgen kann. Aber auch die Bestätigung konnte ihrem ganzen Wesen nach nur unbedingt und auf die gesetzliche Wahldauer erteilt werden [56]). Diese besonderen Eigenschaften sprechen auch bei der Bestätigung für den Charakter eines Hoheitsaktes, wenn diese auch nicht so deutlich hervortritt wie bei der Naturalisation. Kormann [57]) bejaht dies bei der Genehmigung, wenn sie auch „insoweit" zweifelhaft erscheint. „Denn Zweck der Genehmigung ist eine Feststellung, daß nämlich die genehmigte Handlung rechtmäßig vorgenommen worden ist" [58]). Nach Rosin [59]) ist das sogar ihr einziger Zweck. Er spricht von Bestätigung nur dann, wenn die Gesetzmäßigkeit des Wahlverfahrens nachgeprüft wird, von Genehmigung, wenn auch die Zweckmäßigkeit nachgeprüft wird. Bei dieser

56) Stier-Somlo: Handb. S. 223; Boldt: S. 54; Loschelder: S. 139; Brand: S. 68; Glünike: In DJZ. 1927 (32. Jahrgang) S. 640
57) Kormann: S. 154.
58) Kormann: S. 154.
59) Rosin: S. 138, 139.

Auffassung der Bestätigung als actus legitimus hätte die sogenannte bedingte Bestätigung rechtlich die Bedeutung einer Versagung verbunden mit der für beide Teile unverbindlichen Verheißung, einem abgeänderten Entwurf werde vermutlich die Genehmigung erteilt werden. Dafür spricht auch der Umstand, daß eine Genehmigung nicht durch eine vorherige Zustimmung ersetzt werden kann. Wollte man die bedingte Bestätigung zulassen, so wäre das ja nichts anderes als eine vorherige Zustimmung zu einem etwa von der aufsichtsunterworfenen Gemeinde erst später zu fassenden Beschluß oder einer späteren Wahl. Bei diesen bestünde die Bedingung ja gerade darin, daß die Wahlbehörde die verlangten Änderungen träfe. Das aber würde wider den Zweck der Bestätigung verstoßen, da die Aufsichtsbehörde sich dadurch selbst der Möglichkeit berauben würde, den späteren Gemeindebeschluß oder die später erfolgende Wahl, auf seine Rechtmäßigkeit hin zu prüfen und auf Grund dieser Prüfung gegebenenfalls die Bestätigung zu versagen.

Will man sich aber nicht auf diesen Standpunkt stellen, daß die Bestätigung (Genehmigung) an sich bedingungsfeindlich ist, so kommt man in ihren praktisch wichtigsten Fällen zu dem gleichen Ergebnis. Hierbei wäre zunächst der Grundsatz zu beachten, daß Bedingungen bei unselbständigen V.A.n ausgeschlossen sind [60]). Durch diesen Grundsatz werden alle Bestätigungen im Sinne Rosins [61]) zu bedingungsfeindlichen Geschäften. Sodann werden Bedingungen unzulässig in den Fällen, wo die Bestätigung (Genehmigung) zu einem seinerseits bedingungsfeindlichen Akt hinzutritt. Die Bedingungsfeindlichkeit des bestätigungsbedürftigen Aktes schützt auch den Bestätigungsakt selbst vor den durch Dritte geschaffenen Bedingungen. Daher würden Bedingungen z. B. unzulässig sein bei Genehmigung von Ortsstatuten. Schließlich müßten Nebenbestimmungen, die auf eine Endigung des durch das genehmigte Rechtsgeschäft geschaffenen Zustandes abzielen, wie auflösende Bedingungen, Endtermine und Widerrufsvorbehalte insoweit unzulässig sein, als das genehmigte Rechtsgeschäft selbst solche Bestimmungen nicht aufnehmen kann. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn das Gesetz die Endigunggründe selbst ausschließlich geregelt hat. Dadurch werden aber insbesondere die Bestätigung von Beamtenwahlen ohne Zweifel actus legitimi. Diese Auffassung, die besonders von Kormann [60]) vertreten wird, läßt sich unbedingt halten. Von der Literatur und Praxis wurde bisher allgemein anerkannt, daß die Bestätigung einen ausgesprochen bedingungs- und befristungsfeindlichen Charakter hatte [62]). Es ist daher anzunehmen, daß nach Ansicht der Schriftsteller ebenso auch die zugrundeliegende Willenserklärung für grundsätzlich nebenbestimmungsfeindlich gehalten wurde. Daher ist mit Recht die bisherige Bestätigung ein actus legitimus zu nennen.

---

60) Kormann: S. 156 f.
61) Rosin: S. 138, 139.
62) Vgl. S. 36.

Heute ist es nicht zu bestreiten, daß die Bestätigungsbehörde nicht nur feststellt, daß die zu genehmigende Wahl rechtmäßig vorgenommen worden ist, sondern auch, daß der gewählte Kandidat für das Amt befähigt ist. Bei dieser neuen Bestätigung handelt es sich also nicht um die Rosins, die nur die Rechtmäßigkeit nachprüft, sondern um eine solche Bestätigung, die Rosin Genehmigung nennen würde, da bei ihr auch Zweckmäßigkeitgründe eine hervorragende Rolle spielen. Daß daran heute nicht mehr zu zweifeln ist, geht schon aus der ganzen Institution der Einweisung hervor. Denn wozu brauchte man diese, wollte man nur das rechtmäßige Zustandekommen der Wahl nachprüfen. Das läßt sich in fast allen Fällen sofort feststellen. Aber die Zweckmäßigkeit der Wahl, d. h. die Zweckmäßigkeit und Zuverlässigkeit des Kandidaten läßt sich gerade in der Einweisungszeit vorzüglich erproben. Deswegen kommen wir hier nur auf dem zweiten Wege zum actus legitimus. Denn die Anstellung des Beamten durch die Wahl ist ihrerseits ein bedingungsfeindlicher Akt. Deshalb kann auch die Bestätigung nicht mit einer Bedingung oder einer sonstigen Nebenbestimmung ausgestattet sein. Deshalb ist auch die heutige Bestätigung ein actus legitimus. Fraglicher dagegen erscheint in dieser Beziehung die Einweisung. Es erheben sich besonders aus dem Grunde Zweifel, weil sie, anders wie die endgültige Bestätigung, nur für eine bestimmte Zeit erfolgt. Wenn es sich auch um keine echte Befristung handelt, wie wir schon bei der Betrachtung über die Nebenbestimmungen feststellten, sondern um eine bloß gesetzlich festgesetzte Regel, so gibt dieser Umstand doch zu denken. Denn sie schafft nur einen vorläufigen Zustand und ergeht mit der Gewißheit, daß sie demnächst durch einen andern Akt ersetzt wird. Hierin ist zwar keine Bedingung zu erblicken, aber störend wirkt diese bloß vorläufige Regelung doch. Zumindest kann man hier im Zweifel sein. Man wird jedoch die Einweisung nicht als actus legitimus ansehen können.

h) Nunmehr soll geprüft werden, ob der Bestätigungsakt einer bestimmten Form bedarf. Im öffentlichen Recht ist die Formgebundenheit eine größere als im privaten Recht. Doch wird man im Zweifel auch hier die Formlosigkeit als Grundsatz zu proklamieren haben: „Im Zweifel bedarf das publizistische Rechtsgeschäft so wenig wie das privatrechtliche einer besonderen Form“ [63]). Die Schriftlichkeit bildet allerdings praktisch die Regel, aber sie ist nicht gesetzlich notwendig. Jedenfalls ist der Grundsatz der Formlosigkeit in Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannt. Eine Anwendung dieses Grundsatzes ist z. B. die Zulassung stillschweigender Willenserklärungen. In unserem Falle wirft sich demnach die Frage auf, ob die Bestätigung stillschweigend erfolgen kann. Otto Mayer [64]) lehnt die stillschweigenden Willenserklärungen grundsätzlich ab, da ihre Form nicht auf den obrigkeitlichen Akt passe. Im Verhältnis zu den aus-

63) Kormann: S. 175.
64) Otto Mayer: I, S. 95.

drücklichen stehen die stillschweigenden allerdings an Bedeutung weit zurück. Aber sie vollkommen abzulehnen ist wohl doch überspannt. Die Praxis hat in vielen Fällen hierzu Stellung genommen. So ist die Möglichkeit stillschweigender Beamtenernennungen wiederholt ausgesprochen worden [64]). Uns interessiert hier nur die stillschweigende Genehmigung (Bestätigung). „Bei Beamtenernennungen hat sie das R.G. besonders darin gefunden, daß die Aufsichtsbehörde die Anzeige der Gemeinde über eine geschehene Anstellung „zu den Akten" geschrieben" [65]). Ein Fall stillschweigender Bestätigung von Wahlen ist bisher noch nicht praktisch entschieden worden. Eine solche wurde von der h. M. auch abgelehnt [66]). Heute ist es nun so, daß der Bestätigung zunächst die Einweisung vorausgehen muß. Wird diese nicht erteilt, so kann von einer stillschweigenden Bestätigung überhaupt nicht die Rede sein. Es fragt sich höchstens, ob die Einweisung stillschweigend erfolgen kann. Im Gesetz heißt es: „Findet die Wahl in ein Amt statt, dessen Inhaber nach § 1 der Bestätigung bedarf, so entscheidet die Bestätigungsbehörde zunächst darüber, ob der Gewählte in das Amt einzuweisen ist oder nicht. Und dann heißt es weiter: „Lehnt die Bestätigungsbehörde die Einweisung ab ...., so ..." Hieraus geht hervor, daß es grundsätzlich nur diese beiden Möglichkeiten ausdrücklicher Einweisung oder ausdrücklicher Ablehnung der Einweisung gibt, keine dritte Möglichkeit. Bei der Einweisung kann man deshalb nicht annehmen, daß sie stillschweigend erfolgen könne. Bestrittener scheint dies zu sein, wenn die Bestätigungsbehörde nach Ablauf der Einweisungszeit überhaupt nicht tätig würde. Man könnte sagen, die Aufsichtsbehörde hat die vorläufige Einweisung ausgesprochen, hat auch von einer Rücknahme gemäß § 9 keinen Gebrauch gemacht. Wenn sie nun zu dem von ihr vorgenommenen V.A., der allerdings nur vorläufigen Charakter hatte, schweigt, so liegt dieser Fall ganz anders, als wenn sie zur Wahl dieses Beamten überhaupt noch nicht Stellung genommen hätte. Denn diesmal hat die Bestätigungsbehörde ja bereits eine Willenserklärung abgegeben. Die Einweisung ist schon ein Stück der Bestätigung, sie ist sogar Voraussetzung derselben. Ohne Einweisung keine Bestätigung. Dagegen spricht jedoch die klare Regelung des § 4: Die Bestätigungbehörde „h a t" alsbald nach Ablauf eines Jahres die Bestätigung auszusprechen oder zu versagen. Mit einer dritten Möglichkeit wird auch hier im Gesetz nicht gerechnet. Deshalb würde es auch bei der heutigen Gesetzesregelung schwer halten, schlüssige Handlungen zu finden, aus denen eine stillschweigende Willenserklärung der Behörde entnommen werden könnte.

i) „Nach der Art ihrer Kundgabe hat man ähnlich wie im Privatrecht zu unterscheiden zwischen empfangsbedürftigen und streng einseitigen V.A.en" [67]). Bei den letzteren genügt die Kundgabe schlecht-

65) R.G.: 31, 181; 37, 225; R.G. in JW.: 27. 184; JW.: 27, 429 (Z. 36); 30. 430 (Z. 21).

66) Brand: S. 67. A. M.: O.L.G. Celle (Kom. Rundsch. 28, 169).

67) Stengel-Fleischmann: S. 722.

hin, bei diesen dagegen ist zum Hervorbringen der gewollten Wirkungen weiter erforderlich, daß sie erklärt werden gegenüber einem bestimmten Adressaten. Die Regel im öffentlichen Recht wie im privaten Recht sind die empfangsbedürftigen Akte. Adressat der Bestätigung, oder ihrer Versagung ist die Kommunalbehörde, die die bestätigungsbedürftige Willenserklärung erlassen hat. Demgemäß hat die Zustellung der aufsichtsbehördlichen Willenserklärung an die Wahlbehörde zu erfolgen. Diese aufsichtsbehördliche Willenserklärung gehört zweifellos zu den empfangsbedürftigen. Denn sie ist an eine bestimmte Behörde gerichtet und betrifft eine ganz bestimmte Angelegenheit. Der Akt der Kommunalbehörde wird rechtswirksam mit der Erteilung der Bestätigung. Es ist klar, daß diese der Kommunalbehörde auch zugegangen sein muß, was auch schon daraus hervorgeht, daß die grundsätzlich unwiderrufliche Bestätigung und Einweisung, solange sie noch nicht zugegangen sind, jederzeit rückgängig gemacht werden können.

j) Wie der einzelne sich grundsätzlich durch Anfechtung vorgesetzwidrigen V.A.n schützen kann, so muß auch der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit gegeben sein, fehlerhafte V.A.e zurückzunehmen, zu widerrufen. So kommen wir zur Frage, ob die Bestätigung und die Einweisung widerruflich sind oder ob sie widerrufsfeindlichen Charakter haben. Zunächst der Begriff des Widerrufs. Viel Ausdrücke kennt die Wissenschaft für dieselbe Institution. Im vorliegenden Gesetz ist von Rücknahme die Rede (§ 9). Ähnlich spricht Fleiner [68]) von Abänderung und Zurücknahme. Kormann [69]) gebraucht die Ausdrücke Aufhebung und Zurücknahme. Auch für Walter Jellinek [70]) sind widerruflich und zurücknehmbar „identische Begriffe". Im allgemeinen wird der Ausdruck Zurücknahme dann bevorzugt, wenn die Behörde a quo den Akt erläßt. In der Rücknahme des § 9 des Gesetzes über Bestätigung und Einweisung ist demnach eine Widerrufsmöglichkeit zu erblicken. Schon diese besondere gesetzliche Regelung gibt uns den Hinweis, daß die Akte der Bestätigung und Einweisung nicht zu den frei widerruflichen gehören. Dann entspräche es aber auch nicht dem Sinn und Charakter dieser Institution, wenn der Staat jederzeit vom Widerruf Gebrauch machen könnte, wie das weitgehend bei den frei widerruflichen Akten der Fall ist. In unserem Falle wird dem Gewählten durch die Bestätigung und Einweisung die Fähigkeit verliehen, sein Amt auszuüben. Damit nicht die „Möglichkeit, daß eine ihm günstige Verfügung zurückgenommen wird, stets wie ein Damoklesschwert über dem Haupt des Privaten schwebt" [71]), hat der Rechtsstaat bei gewissen V.A.n einen Widerruf erschwert, wenn nicht ganz unmöglich gemacht. Die Bestätigung als actus legitimus ist unbestritten den widerrufsfeindlichen Akten zuzurechnen. So war denn auch im bisherigen Schrifttum allgemein anerkannt, daß

68) Fleiner: S. 198.
69) Kormann: S. 323.
70) Jellinek: Staatsakt S. 156.
71) Fleiner: S. 200.

eine einmal erteilte Bestätigung nicht mehr zurückgenommen werden konnte. „Die Befugnis der Bestätigungsbehörde ist im übrigen mit der Erteilung der Bestätigung erschöpft. Sie kann auf diese Befugnisse nicht mehr zurückgreifen, also von dem Mittel der Versagung nicht mehr Gebrauch machen“ [72]). Mit Recht bringt das O.V.G. hier zum Ausdruck, „daß nicht nur das Recht der Beamten, sondern auch das der Gemeinden, empfindlich verletzt würde, die Ordnung in ihren Verhältnissen auf das empfindlichste gefährdet würde, wenn die Aufsichtsbehörde ihre Erklärung zurückziehen dürfte.“ War die Bestätigung erfolgt, so konnte der Beamte bisher nur im Disziplinarverfahren entlassen werden, nicht aber konnte dies in anderen Fällen geschehen, die nicht auf diesem Wege zu erfassen waren. Das war allgemein herrschende Auffassung. „Trotzdem kann die Behörde ermächtigt sein, wenn besondere Voraussetzungen vorliegen, grundsätzlich unwiderrufliche Verfügungen zurückzunehmen.“ Eine solche Ermächtigung ist z. B. der durch Gesetz besonders aufgestellte Widerrufsvorbehalt. Von diesem Grundsatz hat das neue Gesetz Gebrauch gemacht. Aber dadurch hat sich der widerrufsfeindliche Charakter der Bestätigung nicht geändert. Denn ein Widerruf ist nur unter den in § 9 ausdrücklich angeführten Gründen möglich. Hiernach kann die Bestätigung, Einweisung und aufsichtsmäßige Bestellung (§ 8) zurückgenommen werden: erstens, wenn sie dem bestehenden Recht widerspricht, zweitens, wenn sie von der sachlich unzuständigen Behörde ausgesprochen ist, drittens, wenn sie durch unlautere Mittel, wie arglistige Täuschung, Drohung, Bestechung veranlaßt worden ist. Der Zweck dieser besonderen gesetzlichen Regelung ist der

1. den Beamten in manchen Fällen entlassen zu können, in denen ein Disziplinarverfahren nicht ausgelöst werden kann.

2. aber auch um der Aufsichtsbehörde größere Befugnisse zu geben als dies bei der bisherigen Regelung der Fall war.

Allein, wenn eine dieser drei Voraussetzungen vorliegt, soll die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit haben, diesen Akt zurückzunehmen. Im übrigen bleibt es bei der Unwiderruflichkeit der Bestätigungsakte. Einen solchen Schluß kann man im allgemeinen ziehen. Nur in Ausnahmefällen ist anzunehmen, daß der Vorbehalt lediglich etwas auch ohne ihn schon Geltendes besonders gesetzlich anerkennen will [73]). Zu einer solchen Anerkennung liegt meist kein Anlaß vor, während der Gesetzgeber allen Grund hat, eine Ausnahme von der andernfalls gegebenen Unwiderruflichkeit hervorzuheben. Schließlich lassen sich auch aus den Widerrufsvorbehalten für Erlaubnisse Rückschlüsse ziehen auf die Unwiderruflichkeit sonstiger konstitutiver Verfügungen, also der rechts- und fähigkeitsverleihenden. Ohne Zweifel müssen auch die letzteren unwiderruflich sein, wenn schon für die gewöhnlichen Erlaubnisse, die dem Inhaber doch

72) O.V.G. 41, S. 3, 4; Brand: S. 67; O.V.G. 77, 493; DJZ. 26, 1108.
73) Fleiner: S. 201; Kormann: S. 330.

eine weit weniger sichere Rechtsstellung gewähren, der Grundsatz der Unwiderruflichkeit gilt. Sofern die Zurücknahme durch Gesetz ausdrücklich geregelt ist, ist ein Widerrufsvorbehalt im übrigen unzulässig und unwirksam. Denn die Verwaltung kann nicht in Erweiterung des Gesetzes neue Widerrufsgründe einführen [74]). Eine gesonderte Betrachtung verdient in diesem Zusammenhange noch die Einweisung. Grundsätzlich ist sie unwiderruflich genau wie die Bestätigung, kann aber wie sie zurückgenommen werden, wenn eine der drei Voraussetzungen des § 9 vorliegen. Wie steht es aber nach Ablauf der „Einweisungszeit"? Bekanntlich entscheidet sich die Bestätigungsbehörde alsdann nach freiem pflichtgemäßen Ermessen, ob sie die endgültige Bestätigung aussprechen will oder nicht. Liegt aber im Falle der Versagung der endgültigen Bestätigung nicht gleichzeitig ein Widerruf der Einweisung vor? Das Gesetz vermeidet hier zwar den Ausdruck „Rücknahme" oder „Widerruf der Einweisung", sondern sagt in § 4 (Satz I): „Die Bestätigungsbehörde hat ... die Bestätigung auszusprechen oder zu versagen". Aber in der Versagung der endgültigen Bestätigung ist gleichzeitig eine Vernichtung des Einweisungsverhältnisses, und damit eine Rücknahme der Einweisung zu erblicken. Diese Rücknahme der Einweisung nach Ablauf der gesetzlich geregelten Einweisungszeit hat sogar den Charakter eines frei widerruflichen Aktes. Wir erleben also hier das Phänomen, daß ein zunächst grundsätzlich unwiderruflicher Akt von einem bestimmten Augenblicke an zu einem frei widerruflichen wird.

Streitig ist, ob im Falle eines solchen gesetzlichen Widerrufsvorbehaltes die Verwaltungsbehörden verpflichtet sind, bei Rücknahme des Aktes den Widerrufsvorbehalt ausdrücklich zu wiederholen. Nach Ipsen besteht der Zweck des Widerrufsvorbehalts nicht nur in der Begründung einer Widerrufsbefugnis, sondern auch in dem Hinweis an V.A.-Empfänger, mit der Widerruflichkeit zu rechnen [75]). Unterläßt die Verwaltungsbehörde eine Wiederholung, so besteht nach ihm an der Gültigkeit der erlassenen V.A.e begründeter Zweifel. Anderer Auffassung ist Kormann [76]). Er hält die Wiederholung oder die Verweisung nur für empfehlenswert. Seine Ansicht erscheint als die richtige. Nehmen wir z. B. die Rücknahmevorbehalte des § 9: die aufgeführten drei Voraussetzungen der Rücknahme sind so schwerwiegend und klar, daß eine besondere Anführung bei jedem auf Grund des Gesetzes erlassenen Akt nicht unbedingt notwendig erscheint. Allerdings ist es empfehlenswert, den V.A.-Empfänger auf die etwaige Rücknahme gemäß § 9 aufmerksam zu machen, weil er dann selbst bemüht sein wird, von vornherein zu prüfen, ob einer dieser Vorbehalte für ihn zutrifft.

Wie es überhaupt mangelhafte V.A.e gibt, so kann natürlich auch die Bestätigung und Einweisung mangelhaft sein. Unter Mangelhaf-

74) Ipsen: S. 153.
75) Ipsen: S. 151.
76) Kormann: S. 333.

tigkeit eines Rechtsgeschäfts verstehen wir ganz allgemein jeden Verstoß gegen eine Vorschrift, die die Gültigkeit eines Geschäfts irgendwie nachteilig beeinflußt [77]). Solche Mängel sind z. B. die in § 9 aufgezählten Widerrufsvorbehalte. Ein V.A. kann aber auch vollkommen nichtig sein. Nichtigkeit liegt dann vor, wenn die Mängel des Rechtsgeschäfts so groß sind, daß sie dieses vollkommen vernichten [78]). Sie haben die Wirkung, daß die Rechtslage des Rechtsgeschäfts so ist, als ob dieses nicht abgeschlossen wäre. Das nichtige Rechtsgeschäft ist im Rechtssinne garnicht vorhanden, es ist ein rechtliches Nichts. Nichtig könnte man die Bestätigung oder Einweisung dann nennen, wenn sie z. B. von einer absolut untauglichen Stelle ausginge. Dann könnte sich eine Nichtigkeit des Bestätigungsaktes daraus ergeben, daß die Bestätigungsbehörde unzuständig und unfähig zum Alleinhandeln ist. So würde die Bestätigung überhaupt nichts bedeuten, wenn ein zu bestätigender Akt nicht vorläge, ebenso, wie umgekehrt, der Akt der Selbstverwaltungsbehörde nicht rechtswirksam ist, solange die Bestätigung fehlt. Denn die Bestätigung äußert keine reine Innenwirkung, derart, daß sie nach außen garnicht wirkte, daß vielmehr die Kommunalbehörde unbeschränkt sei. Hier handelt es sich, wie im allgemeinen für die auf Gesetz beruhenden Beschränkungen anzunehmen ist, um nach außen wirkende Beschränkungen. Daraus folgt nun auch, daß die Bestätigung dann nichtig ist, wenn der zu bestätigende Akt selbst nichtig ist. Die Bestätigung heilt nicht etwa seine Nichtigkeit, da die genehmigende Behörde, wenn man das Gegenteil annähme, alleinhandelnd erschiene. Umgekehrt kann der bestätigte Akt, wenn die Bestätigung nichtig ist, keinerlei Wirkung äußern. Dagegen ist eine z. B. von irgend einer Bestätigungsbehörde, sei es auch von der sachlich unzuständigen, erteilte Bestätigung niemals nichtig, sondern höchstens mangelhaft, wenn sich nicht aus anderen Gründen etwa eine Nichtigkeit ergibt. In diesem Falle ist die Bestätigung als solche gültig, bloß mit einem Mangel behaftet. Wenn sie ausgesprochen ist, ist sie von jedem zu beachten, kann nicht einfach unbeachtet bleiben, wie das bei einem völlig nichtigen V.A. ist. Kann nun die Aufsichtsbehörde in diesen Fällen der Mangelhaftigkeit den von ihr erlassenen Bestätigungsakt selbst anfechten? Bisher scheiterte eine solche Anfechtung daran, daß die Aufsichtsbehörde nach h. M. nach Erteilung der Bestätigung irgend ein Aufsichtsrecht nicht mehr geltend machen konnte [79]). Heute dagegen ist eine Einflußnahme durch den § 9 des Gesetzes über Bestätigung und Einweisung unter ganz bestimmten Voraussetzungen noch möglich. In diesen Fällen handelt es sich jedoch um einen Widerruf, nicht aber um eine Anfechtung. Begriff und Bezeichnung der Anfechtung ist dasselbe wie im Privatrecht. Die Unwirksamkeit wirkt bei ihr, nicht wie bei der Nichtigkeit von selbst,

77) Kormann: S. 204.
78) Stengel-Fleischmann: S. 722.
79) O.V.G.: 41, S. 3, 4; O.V.G. 77: S. 493; DJZ. 26, 1108; Brand: S. 67; Fleiner: S. 200.

sie kann nur wegen Mangelhaftigkeit des Geschäfts durch ein bestimmtes Handeln herbeigeführt werden. Ist nun die Rücknahme des selbsterlassenen Aktes der Bestätigung oder Einweisung gemäß § 9 Nr. 1—3 als Anfechtung zu bezeichnen? Im allgemeinen kennt man hierfür nur den Ausdruck Widerruf. Diese Rücknahme erfolgt nicht auf Grund eines Rechtsmittels, sondern ist vielmehr eine neue Verfügung der Behörde. Kormann [80]) vertritt allerdings die Auffassung, daß man auch eine solche Aufhebung des V.A.s, die nicht auf Grund eines Rechtsmittels, sondern von Amts wegen in der Gestalt des Widerrufs aus Gründen der Mangelhaftigkeit des Geschäftes, also als Widerruf kraft Anfechtung erfolgt, als Selbstanfechtung bezeichnen könne. Diese Auffassung wird mit Recht von Ipsen abgelehnt [81]), der scharf zwischen Widerruf und Anfechtbarkeit trennt. Letztere Bezeichnung will er nur bei Beseitigung wegen Fehlerhaftigkeit anwenden. In unserem Falle des gesetzlichen Widerrufs muß man die Bezeichnung Selbstanfechtung ablehnen, besonders da die Gründe für den Widerruf ganz genau angeführt sind. Von einer Anfechtung seitens des Staates kann demnach heute ebensowenig wie früher bei der Bestätigung die Rede sein. Weiter ist zu prüfen, ob der Bestätigungsakt nicht auch von dem Betroffenen angefochten werden kann. Betroffen ist hier direkt die Kommunalbehörde, aber auch der Gewählte selbst. Erstere hat ein Interesse daran, daß gerade diese ihre Wahl die Bestätigung der Aufsichtsbehörde findet, letzterer hat durch die Annahme der Wahl kund getan, daß auch er daran interessiert ist, sein Amt rechtmäßig ausüben zu können. Gegen eine solche Parteianfechtung spricht vor allem der Umstand, daß die Bestätigungsbehörde bei Erteilung oder Versagung der Bestätigung oder Einweisung keine Gründe anzugeben braucht, sondern nach freiem, pflichtgemäßen Ermessen ihre Entscheidung trifft. Außerdem hätte es einer besonderen gesetzlichen Regelung bedurft, wenn dem Betroffenen tatsächlich ein Anfechtungsrecht gewährt werden sollte. Schließlich vertrüge es sich auch nicht mit dem Charakter der Bestätigung als Hoheitsakt, daß sie einer Parteianfechtung unterworfen wäre. Formelle Rechtsmittel gegen die Bestätigungsbehörde stehen also dem Betroffenen nicht zu. Dagegen wären ihm wohl die unechten Rechtsmittel nicht zu versagen. Durch sie wird jedoch eine Pflicht der Behörde, sich mit der Beschwerde oder Gegenvorstellung zu befassen, nicht begründet.

k) Zu untersuchen bliebe schließlich noch die Anfechtbarkeit einer gemäß § 9 erfolgten Rücknahme von Bestätigung oder Einweisung. „Der Widerruf ist der contrarius actus des V.A.-Erlasses. Daraus folgt, daß Verfahren und Form des Widerrufs den für den V.A.-Erlaß geltenden Regeln unterliegen“ [82]). So bedürfte im Zweifel die Rücknahme der Beamtenanstellung durch die Kommunalbehörde

80) Kormann: S. 209, 307.
81) Ipsen: S. 65.
82) Ipsen: S. 181; Walter Jellinek: S. 287; Kormann: S. 329.

ebenfalls der Bestätigung der Aufsichtsbehörde. Bei Zugrundelegung dieses herrschenden Grundsatzes wäre die „Rücknahme" ebenso wenig anfechtbar wie es der Erlaß des Bestätigungsaktes ist. Mit ordentlichen verwaltungsrechtlichen Rechtsmitteln könnte demnach der von der „Rücknahme" Betroffene diese nicht anfechten. Aber es stünde ihm nichts im Wege, falls er sie für unberechtigt hielte, die ordentlichen Gerichte mit der Nachprüfung der Rechtmäßigkeit dieses Aktes zu befassen.

In diesem Zusammenhange soll letztere Frage kurz berührt werden, obwohl sie sich eigentlich etwas vom Thema entfernt. Nehmen wir an, das die Nachprüfung vornehmende Gericht käme zum Ergebnis, daß die Bestätigung oder Einweisung nicht mit Recht zurückgenommen worden wäre. Könnte in diesem Falle der Beamte sein Gehalt weiter beanspruchen? Um dies zu beantworten, müssen wir weiter ausholen und auf die Wirkungen der Rücknahme und die zur Zeit der Rücknahme für den Beamten bestehenden Rechte eingehen. War er lediglich eingewiesen, so befand er sich noch nicht in einem festen Anstellungsverhältnis, hatte aber schon gemäß § 3 (letzter Satz) alle Rechte und Pflichten aus einem Amt, also Gehaltsansprüche. Wird die Einweisung zurückgenommen, so entsteht, rein äußerlich betrachtet, dieselbe Rechtslage, wie im Falle der Nichtbestätigung nach Ablauf der Einweisungszeit. Der Eingewiesene verliert sein Amt nur früher als beim normalen Ablauf der Einweisungszeit und dann folgender Nichtbestätigung. Im letzteren Falle hat er keinen Anspruch auf Nachprüfung des aufsichtsbehördlichen Aktes durch die ordentlichen Gerichte, da die Bestätigungsbehörde nach freiem Ermessen ihre Entscheidungen trifft. Anders bei der Rücknahme nach § 9. Diese erfolgt auf Grund einer ganz bestimmten Voraussetzung. Das Vorliegen einer solchen kann der Betroffene ohne Zweifel nachprüfen lassen. Nach dem Gesetze über Bestätigung und Einweisung hat der Eingewiesene gemäß § 3 (letzter Satz) alle Rechte aus seinem Amt. Wenn wir seine Gehaltsansprüche prüfen wollen, müssen wir zunächst feststellen, zu welcher Gruppe von Beamten wir ihn zu rechnen haben. Es läge nahe, ihn zu der Gruppe der Kündigungsbeamten zu rechnen. Diese werden unter dem Vorbehalt der Kündigung oder des Widerrufs angestellt [83]). Dann könnte es sich auch um eine sogenannte Anstellung auf Probe handeln, und zwar um eine im voraus bestimmte Probezeit. Hierbei kommt es darauf an, ob man diese Probezeit als widerruflich (kündbar) zu betrachten hat oder nicht. Nimmt man ihre freie Widerruflichkeit an, wie das die Regel ist, bei Anstellungen auf Probe, so hat der Beamte keine Ansprüche auf gerichtliche Nachprüfungen. Die Einweisung ist aber während des Laufs der Einweisungszeit nicht frei widerruflich, sondern nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen des § 9. Deshalb könnte der eingewiesene Beamte mit Recht Gehaltsansprüche geltend machen bis

83) Brand: Gesetze: S. 26.

zum Ablauf der Probezeit, falls das Gericht feststellen würde, daß die Rücknahme zu Unrecht erfolgt ist. Nach der Einweisungszeit hätte natürlich der Beamte keine Ansprüche mehr. Für diese Entscheidung spricht, daß der Eingewiesene kraft gesetzlicher Regelung während der Einweisungszeit alle Rechte aus dem Amt hat (§ 3 letzter Satz). Billigen wir aber schon dem Eingewiesenen solche Rechte zu, so können wir sie dem endgültig Bestätigten kaum versagen. Er ist zwar nicht lebenslänglich angestellt, sondern auch nur auf eine bestimmte Zeit. Im Regelfall endigt das Dienstverhältnis des Kommunalbeamten durch Zeitablauf, falls er nicht wiedergewählt wird [84]). Hierbei handelt es sich um einen gesetzlichen Endigungsgrund. Andere solche gesetzliche Endigungsgründe sind beim Beamten das strafgerichtliche Urteil und die Erreichung der gesetzlichen Altersgrenze. Im Falle der Rücknahme der Bestätigung handelt es sich um keinen der drei gesetzlichen Endigungsgründe. Auch haben wir es nicht mit einer Entlassung auf Antrag zu tun, denn der Beamte will ja nicht entlassen werden. Vielmehr stellt sich dies als eine einseitige Entlassung dar. Diese kannte man bisher in zwei Formen: als Kündigung und als Entlassung aus dem Amte. Kündigungsbeamten waren nach der R.V. außer bei den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Art. 104 I) zulässig. „Die Anstellung der Beamten erfolgt auf Lebenszeit, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist." (Art. 129 I). § 32 des R.B.G. sieht solche auf Probe, Kündigung, oder sonst auf Widerruf angestellte Beamte ausdrücklich vor. „Die im Kommunaldienst angestellten Kündigungsbeamten unterstehen im allgemeinen denselben Bestimmungen wie die staatlichen Kündigungsbeamten" [85]). Es fragt sich, ob in dem Rücknahmevorbehalt des § 9 (Gesetz über Bestätigung und Einweisung) ein gesetzlicher Kündigungsvorbehalt zu erblicken ist. „Auch der Widerruf ist eine Kündigung, allerdings eine fristlose" [86]). Eine solche Kündigung stand jedoch bei dem Kündigungsbeamten im Ermessen der zuständigen Behörde. Die „Rücknahme" der Bestätigung und Einweisung steht nicht im freien Ermessen der Behörde, sondern kann nur nach ganz bestimmten Voraussetzungen erfolgen. Deshalb handelt es sich zweifellos bei den endgültig Bestätigten nicht um solche „gewöhnlichen" Kündigungsbeamten. Wenigstens ist das grundsätzlich nicht anzunehmen, denn die Bestätigung wird doch für eine bestimmte Zeit erteilt. Falls die Anstellungsbehörde den Beamten auf Kündigung anstellen würde, bedürfte eine Kündigung ihrerseits ohne Zweifel der Bestätigung der Aufsichtsbehörde. Die Bestätigung selbst aber wird niemals frei widerruflich erteilt. Das aber ist das wesentliche für unseren Fall. Würde der Bestätigte nur Kündigungsbeamter sein, dann könnte seine Anstellung, aber auch unter Umständen seine Bestätigung jederzeit nach freiem Ermessen der Anstellungs- und Bestätigungsbehörden zurückgenommen werden. Der Betroffene hätte die Möglichkeit,

84) Walter Jellinek: S. 367.
85) Brand: S. 43.
86) Jellinek: S. 369.

ein ordentliches Gericht mit der Nachprüfung zu befassen. „Die Berufung auf dem Rechtsweg steht dem Beamten nicht zu; der Beamte kann vor dem ordentlichen Gericht nicht geltend machen, daß vorzeitig gekündigt sei oder ein genügender Kündigungsgrund vorgelegen habe“ [87]). Dagegen verweist Brand auf solche Fälle, wo ortsstatutarisch das Kündigungsrecht auf bestimmte Fälle beschränkt ist, z. B. auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Das ordentliche Gericht entscheidet dann, ob ein solcher wichtiger Grund vorliegt. Dieser Fall läge dann so ähnlich, wie die Widerrufsmöglichkeit des § 9. Wenn das Gericht feststellen würde, daß die Rücknahme der Bestätigung zu Unrecht erfolgt ist, würde ich der Forderung des Beamten auf weitere Zahlung des Gehaltes stattgeben. Der bestätigte Beamte könnte sein Gehalt beanspruchen, bis zu dem Zeitpunkt, wo sein Amt ohne dies durch gesetzlichen Zeitablauf endigen würde. Und zwar würde ich mich aus dem Grunde so entscheiden, weil diese Rücknahme nicht nach freiem Ermessen erfolgen kann, sondern an ganz bestimmte Voraussetzungen gebunden ist. Wenn aber eine solche Voraussetzung nicht vorliegt, wäre es unbillig, daß der Beamte nicht nur sein Amt verlöre, sondern auch noch seiner Gehaltsansprüche vollkommen verlustig ginge. Schließlich sei noch bemerkt, welche Folgen die Rücknahme zunächst hat: nimmt die Behörde die von ihr gemäß § 8 (Abs. I) erteilte kommissarische Bestellung zurück, so verliert der Beamte sofort sein Amt. Bei der Rücknahme der Bestätigung und Einweisung erfolgt der endgültige Entlassungsakt wohl durch die Anstellungsbehörde.

IV. Abschnitt: Ausblick.

Nach diesen Ausführungen über Bedeutung und verwaltungsrechtlichen Charakter der Bestätigung, sei zum Schluß, unter Hinweis auf die markanten Unterschiede der Staatsauffassungen von heute und gestern, der Hoffnung Ausdruck gegeben, daß diese neue Ausgestaltung des staatlichen Aufsichtsrechts sich bewähren möge. Zum Nutzen und Frommen des Deutschen Volkes möge sie dazu beitragen, daß sowohl dem Staat als auch den Selbstverwaltungskörpern das gebührende Recht zuteil wird. Das Wohl des Ganzen aber muß über allem stehen, über allen Sonderinteressen und veralteten Theorien — so will es mit Recht die neue Staatsauffassung.

---

87) Brand: S. 49; R.G. im „Recht 25, 260 Nr. 890; Brand: S. 45; a. M. Vogels Kom. B.G. 92.

SCHRIFTTUM.

Antoni: Städteordnung für die Provinz Hessen-Nassau vom 4. August 1897. 1908 (§ 36). = Antoni.
Bitter:Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung II. Auflage 1928, I. Bd. = Bitter.
Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft 1886, = Bernatzik.
Blodig: Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff, 1894. = Blodig.
Boldt: Stadtverfassung und Stadtverwaltung in Preußen 1931. = Boldt.
Brand: Beamtenrecht, III. Auflage 1926. = Brand.
Brand: Gesetze über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, II. Auflage 1929. = Brand Gesetze.
Coester: Die Rechtskraft der Staatsakte 1927. = Coester.
Dantscher von Kollesberg: Die politischen Rechte der Untertanen. 1888—94. = Dantscher.
Eltzbacher: Handlungsfähigkeit I 1903. = Eltzbacher.
Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage 1928. = Fleiner.
Friedrichs: Preußisches Kommunalbeamtenrecht 1926. = Friedrichs.
v. Grumbkow: Die Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen. 1921 = Grumbkow.
Hatschek: Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts, 7. u. 8. Auflage, 1931. = Hatschek.
Hensel: Kommunalrecht u. Kommunalpolitik in Deutschland 1928. = Hensel.
Ipsen: Widerrufgültige Verwaltungsakte 1932. = Ipsen.
Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht 3. Auflage 1931. = Jellinek.
Jellinek, Walter: der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen 1908.
Kormann: System rechtsgeschäftlicher Staatsakte 1910. = Kormann.
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 1901. = Laband.
Loschelder: Die Städteordnung für die östlichen Provinzen. 1931. = Loschelder.
Meyer-Dochow: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts I. Auflage 1913. = Mayer.
Maull: Die Kreis- und Provinzialordnung Preußens 1928.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht I., II. u. III. Auflage 1924. = Otto Mayer.
Neuwiem: Die kommunalen Zweckverbände in Preußen. 1919 = Neuwiem.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft 1907. = Manigk.
Nischk: Kommunalbeamtenrecht 1925.
Oertel: Die Städteordnung für die östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 30. Mai 1833. 7. Aufl. 1931. = Oertel.
Peters: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen 1926. = Peters.
Preuß: Städtisches Amtsrecht 1902. = Preuß. Amtsrecht.
Preuß: Gemeinde, Staat, Reich. = Preuß.
Rosin: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft 1886. = Rosin.
Schoen: Das Recht der Kommunalverbände 1897. = Schoen.
Seydel-Piloty: Bayrisches Staatsrecht 1913, I. Band. = Seydel.
Sievers: Das Beamtenrecht der R.V. in der Rechtsprechung des R.G. 1932. = Sievers.
von Stengel: Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts 1890. = Stengel.
Stier-Somlo: Handbuch des kommunalen Verfassungsrechts in Preußen, II. Auflage 1928. = Stier-Somlo Handb.
Stier-Somlo-Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft I. Band 1926. = Stier-Somlo Handwörterb.
Entscheidungen des RG.
Entscheidungen des O.V.G.

Abkürzung:

V.A. = Verwaltungsakt.

LEBENSLAUF.

Am 10. Februar 1910 wurde ich als Sohn des Volksschullehrers Wilhelm Stotz zu Bottenhorn (Krs. Biedenkopf) geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule zu Gutenacker (Krs. Unterlahn) und neunjährigem Besuch des humanistischen Gymnasiums zu Limburg (Lahn) legte ich dortselbst am 13. März 1929 die Reifeprüfung ab. Anschließend bezog ich die Universitäten Heidelberg, Wien und Marburg zum Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Am 26. August 1933 bestand ich das erste juristische Staatsexamen am Oberlandesgericht in Kassel. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 7. Februar 1934 vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg ab.

Die Anregung zur vorliegenden Arbeit verdanke ich Herrn Professor Dr. B r e d t.